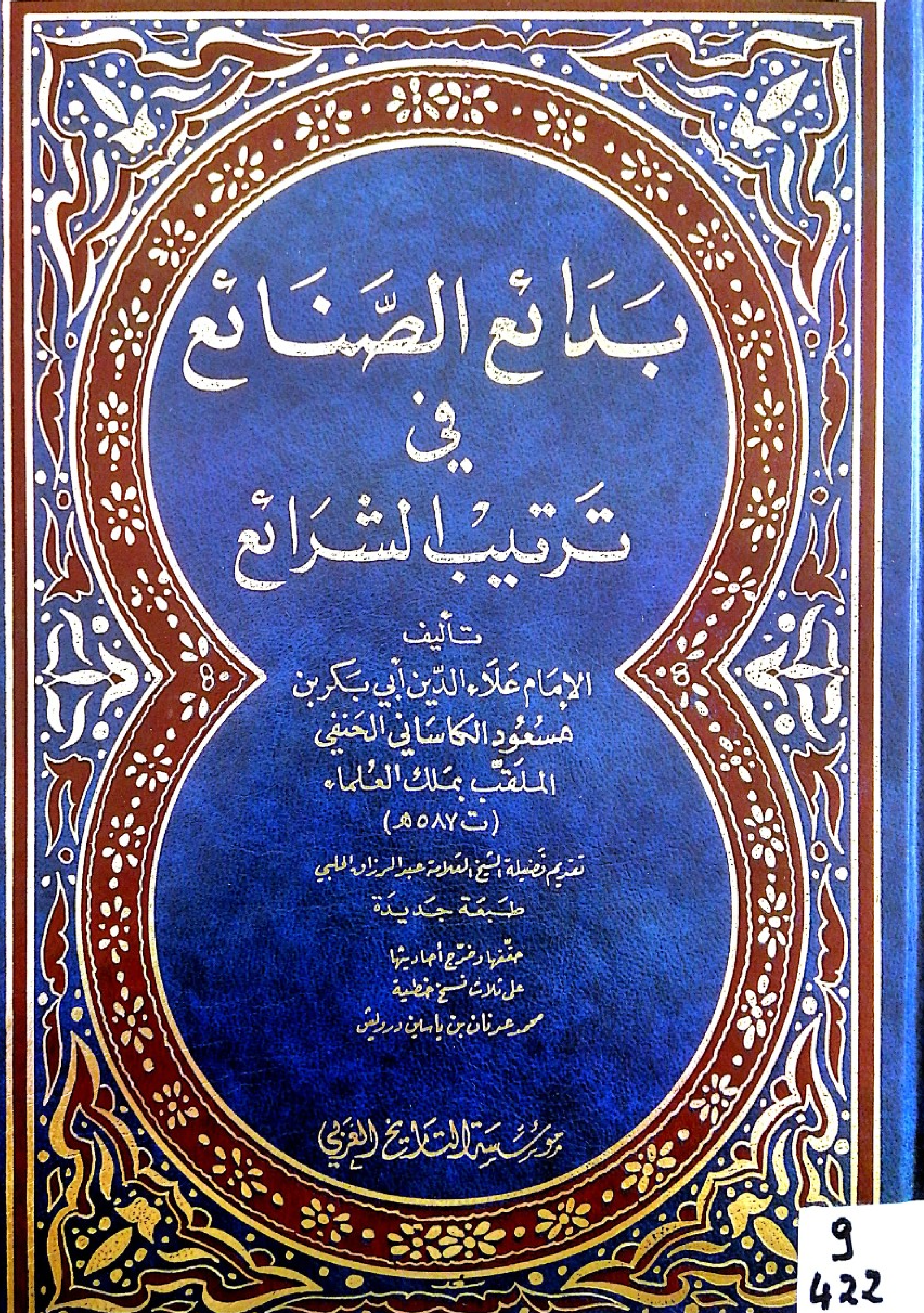
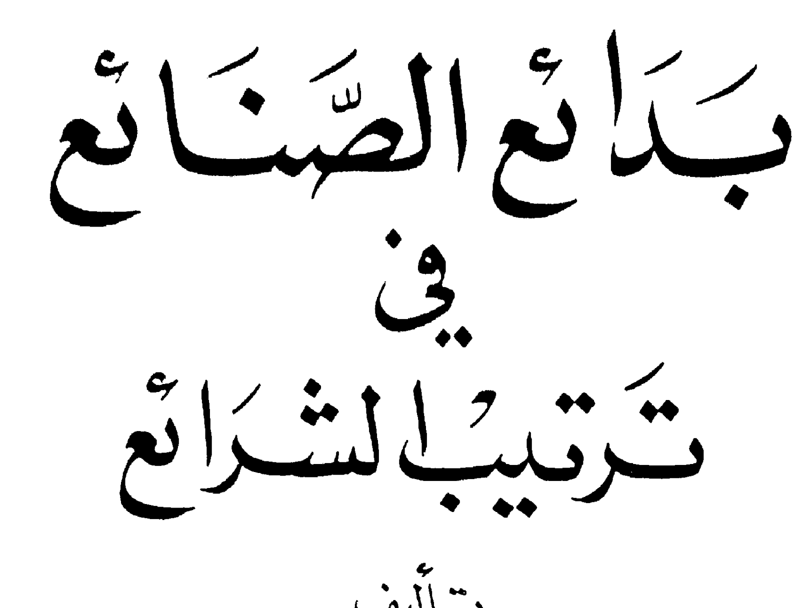

بدائع الصنائع
في
ترتيب الشرائع
تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن
مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء
(ت ٥٨٧ هـ)
تقديم فضيلة الشيخ العلامة عبد الرزاق الحلبي
طبعة جديدة
حققها وخرج أحاديثها
على ثلاث نسخ خطية
محمد عدنان بن ياسين درويش
مؤسسة التاريخ العربي
9
422
246/4

بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ
فِي
تَرتِيبِ الشَّرَائِعِ



تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن
سعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء
(ت ٥٨٧ هـ)

تقديم فضيلة الشيخ العلامة عبد الرزاق الحلبي

طبعة جديدة

حققها وخرج أحاديثها
على ثلاث نسخ خطية
محمد عدنان بن ياسين درويش

الجزء الخامس

دار إحياء التراث العربي　　مؤسسة التاريخ العربي

بيروت - لبنان

لدار احياء التراث العربي
بيروت - لبنان
الطبعة الثالثة
١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧
Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box; 7957/11

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

[تتمة كتاب الكفالة]

ومنها: أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله، فأما إذا كان فلا يرجع لأنه إذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الأصيل لثبت للأصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً.

ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصيل لأن الهبة في معنى الأداء لأنه لما وهب منه فقد ملك ما في ذمة الأصيل فيرجع عليه كما إذا ملكه بالأداء، وإذا وهب الدين من الأصيل برىء الكفيل، لأن هذا وأداء المال سواء لأنه لما وهبه منه فقد ملك ما في ذمته كما إذا أدى ومتى برىء الأصيل برىء الكفيل، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

ولو مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل، ولو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل، لأن الإرث من أسباب الملك فيملكه الأصيل ومتى ملكه برىء فيبرأ الكفيل كما إذا أدى.

ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الأصيل، لأن الإبراء إسقاط وهو في حق الكفيل إسقاط المطالبة لا غير، ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الأصيل فلم يكن فيه معنى تمليك الدين أصلاً فلا يرجع.

ولو أبرأ للكفيل المكفول عنه مما ضمنه بأمره قبل أدائه أو وهبه منه جاز حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه، لأن سبب وجوب الحق له على الأصيل وهو العقد بإذنه موجود والإبراء عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كالإبراء عن الأجرة قبل مضي مدة الإجارة، ولو لم يؤد الكفيل ما كفل به حتى عجل الأصيل لما كفل عنه ودفع إلى الكفيل ينظر إن دفعه إليه على وجه القضاء يجوز، لأن ولاية الرجوع على الأصيل إن لم تكن ثابتة له في الحال لكنها ثبتت بعد الأداء فأشبه الدين المؤجل إذا عجله المطلوب قبل حل الأجل أنه يقبل منه ويكون قضاء كذا هذا.

وبرىء الأصيل من دين الكفيل ولكن لا يبرأ عن دين المكفول له وله أن يطالب أيهما شاء، فإن أخذ من الأصيل كان له أن يرجع على الكفيل بما أدى لأنه تبين أنه لم يكن قضاء، وإن كان الكفيل تصرف في ذلك المعجل وربح هل يطيب له الربح ينظر إن كان الدين دراهم أو دنانير يطيب بالإجماع لأنهما لا يتعينان في عقود المعاوضات فحصل التمليك بإذن صاحبها فيطيب له الربح، وإن كان الدين مكيلاً أو موزوناً مما يتعين في العقد يطيب له الربح أيضاً عند أبي يوسف ومحمد.

وعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات: ذكر في كتاب البيوع أنه يطيب له الربح ولم يذكر الخلاف، وفي رواية قال يتصدق، وفي رواية قال أحب إلي أن يرد الربح على المكفول عنه.

هذا إذا دفعه إليه على وجه القضاء، فأما إذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدي الدين مما دفعه إليه لا على وجه القضاء فتصرف فيه الوكيل وربح لا يطيب له الربح سواء كان الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب إذا تصرف في الوديعة والمغصوب وربح فيهما أنه لا يطيب له الربح عندهما، وعند أبي يوسف يطيب والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله تعالى.

ولو قال الطالب للكفيل: برئت إلي من المال يرجع على الأصيل بالإجماع لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء لما نذكر، وفي قوله برئت من المال اختلاف نذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة فأدى أحدهما شيئاً من مال الكفالة فأراد أن يرجع على صاحبه فهذا لا يخلو إما أن كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد أو بعده أو كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه دون الآخر أو لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً، فإن لم يكفل واحد منهما عن صاحبه أصلاً لا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه أصلاً لأنه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الأصيل لأنه كفيل عنه بأمره.

وإن كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه صاحبه بما عليه فالقول قول الكفيل فيما أدى أنه من كفالة صاحبه إليه أو من كفالة نفسه لأنه لزمه المطالبة بالمال من وجهين:

أحدهما: من جهة كفالة نفسه عن الأصيل.

والثاني: من جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الأداء عن أيهما شاء، فإذا قال أديته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه لأنه كفل عنه بأمره سواء أدى المال إلى الطالب ثم قال ذلك أو قال ابتداء إني أؤدي عن كفالة صاحبي.

وكذا إذا قال أديته عن كفالة الأصيل فقبل منه ويرجع عليه لأنه كفل عنه بأمره سواء قال ذلك بعد أداء المال إلى الطالب أو عنده ابتداء.

وإن كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه إلى خمسمائة ولا يقبل قوله فيه أنه أدى عن شريكه لا عن نفسه بل يكون عن نفسه إلى هذا القدر فلا يرجع على شريكه.

وكذا إذا قال ابتداء إني أؤدي عن شريكي لا عن نفسي لا يقبل منه ويكون عن نفسه إلى هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد المؤدي على خمسمائة لأن المؤدى إلى خمسمائة له معارض والزيادة لا معارض لها، فإذا زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة إن شاء على شريكه وإن شاء على الأصيل.

وكذا لو اشترى رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا.

وكذلك المتفاوضان إذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف لما ذكرنا.

هذا إذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال، فأما إذا كفل كل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب، ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما أدى أحدهما شيئاً يرجع بكل المؤدى على الأصيل إن شاء وإن شاء يرجع بنصفه على شريكه، لأن حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهين: الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السواء فيقع المؤدى نصفه عن نفسه ونصفه عن صاحبه لتساويهما في الكفالتين بالمؤدى، وإذا وقع نصف المؤدى عن صاحبه فيرجع عليه ليساويه في الأداء كما ساواه في الكفالة بالمؤدى بخلاف الفصل الأول، لأن هناك كل واحد منهما أصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مؤدياً عن نفسه إلى النصف وههنا بخلافه لما مر.

فصل: وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق: إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسرة أو زيوفاً وتجوز به المطالبة يرجع عليه بالصحاح الجياد لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل فيرجع بالمؤدى وهو الصحاح الجياد وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له أن يرجع بالمؤدى لا بالدين، لأنه بالأداء ما ملك الدين بل أقرض المؤدي من الآمر فيرجع عليه بما أقرضه.

وكذلك لو أعطى بالدراهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى لما ذكرنا، بخلاف ما إذا صالح من الألف على خمسمائة أنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمة الأصيل وهو الألف، لأنه لا يمكن إيقاع الصلح تمليكاً ههنا لأنه يؤدي إلى الربا فيقع إسقاطاً لبعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به.

وعن محمد فيمن كفل خمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني فالصلح واقع عن الأصيل والكفيل جميعاً وبرئا جميعاً ويرجع الكفيل على الأصيل بثلاثة دنانير.

ولو قال: أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني، فهذا براءة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب بدينارين، لأن في الفصل الأول إيقاع الصلح على ثلاثة دنانير تصرف في نفس الحق بإسقاط بعضه فكان الصلح واقعاً عنهما جميعاً فيبرآن جميعاً ويرجع الكفيل على الأصيل بثلاثة دنانير لأنه ملك هذا القدر بالأداء فيرجع به عليه.

وأما في الفصل الثاني فإضافة الصلح إلى ثلاثة مقروناً بشرط الإبراء المضاف إلى الكفيل إبراء للكفيل عن المطالبة بدينارين، وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل فيبرأ الكفيل ويبقي الديناران على الأصيل فيأخذه الطالب منهما وبالله التوفيق.

كتاب الحوالة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع: في بيان ركن الحوالة وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الحوالة وفي بيان ما يخرج به المحال عليه عن الحوالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج أنه هل يرجع أم لا؟

أما ركن الحوالة فهو الإيجاب والقبول، الإيجاب من المحيل، والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً، فالإيجاب أن يقول المحيل للطالب أحلتك على فلان هكذا والقبول من المحال عليه والمحال أن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا، وهذا عند أصحابنا.

وقال الشافعي رحمه الله[1]: إن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين فكذلك، فأما إذا كان له عليه دين فيتم بإيجاب المحيل وقبول المحتال.

وجه قوله: أن المحيل في هذه الصورة مستوف حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق، كما إذا وكله بالقبض وليس هو كالمحال، لأن الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة إلى ذمة مع اختلاف الذمم، فلا يصح من غير رضا صاحب الحق.

ولنا أن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقبوله ورضاه، بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفاً عليه بنقل الواجب إليه ابتداء، بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولأن الناس في اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء وبعضهم أصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافاً إلى التزامه.

فصل: وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى المحيل وبعضها يرجع إلى المحال وبعضها يرجع إلى المحال عليه وبعضها يرجع إلى المحال به.

أما الذي يرجع إلى المحيل فأنواع:

منها: أن يكون عاقلاً فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات كلها، ومنها: أن يكون بالغاً وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفاً نفاذه على إجازة وليه لأن الحوالة إبراء بحالها وفيها معنى المعاوضة بمالها خصوصاً إذا كانت مقيدة فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه، فأما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد مأذوناً كان

---

(١) انظر «الأم» (٣/ ٢٢٨).

وتعريف الحوالة كما في «البناية» (٦/ ٨١٢): «تحول الدين من دفة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به».

في التجارة أو محجوراً لأنها ليست بتبرع بالتزام شيء كالكفالة فيملكها العبد، غير أنه إن كان مأذوناً في التجارة رجع عليه المحال عليه للحال إذا أدى ولم يكن للعبد عليه دين مثله ويتعلق برقبته، وإن كان محجوراً يرجع عليه بعد العتق، وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة، لأنها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض.

ومنها: رضا المحيل حتى لو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح، لأن الحوالة إبراء فيها معنى التمليك فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات.

وأما الذي يرجع إلى المحال فأنواع، منها العقل لما ذكرنا، ولأن قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من أهل القبول.

ومنها: البلوغ وأنه شرط النفاذ لا شرط الانعقاد فينعقد احتياله موقوفاً على إجازة وليه إن كان الثاني أملأ من الأول، وكذا الوصي إذا احتال بمال اليتيم لا تصح إلا بهذه الشريطة لأنه منهي عن قربان ماله إلا على وجه الأحسن للآية الشريفة فيه ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا مالَ اليتيمِ إلا بالتي هي أَحْسَنُ﴾[1] ومنها الرضا حتى لو احتال مكرهاً لا تصح لما ذكرنا، ومنها مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف شرط النفاذ، حتى أن المحتال لو كان غائباً عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا ينفذ عندهما، وعند أبي يوسف ينفذ. والصحيح قولهما لأن قبوله من أحد الأركان الثلاثة فكان كلامهما بدون شرط العقد فلا يقف على غائب عن المجلس كما في البيع.

وأما الذي يرجع إلى المحال عليه فأنواع أيضاً، منها العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا، ومنها البلوغ وإنه شرط الانعقاد أيضاً، فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلاً لما ذكرنا وإن كان عاقلاً، سواء كان محجوراً عليه أو مأذوناً في التجارة، وسواء كانت الحوالة بغير أمر المحيل أو بأمره أمر المجتهد.

أما إذا كانت بغير أمره فظاهر لأنه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعاً بابتدائه وانتهائه، وكذلك إذا كانت بأمره لأنه تبرع بابتدائه فلا يملكه الصبي، محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة كالكفالة، وإن قبل عنه وليه لا يصح أيضاً لأنه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي.

ومنها: الرضا حتى لو أكره على قبول الحوالة لا يصح.

ومنها: المجلس وإنه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا في جانب المحيل.

وأما الذي يرجع إلى المحال به فنوعان:

أحدهما: أن يكون ديناً فلا تصح الحوالة بالأعيان القائمة لأنها نقل ما في الذمة ولم يوجد.

والثاني: أن يكون لازماً فلا تصح الحوالة من غير لازم، كبدل الكتابة وما يجري مجراه، لأن ذلك دين تسمية لا حقيقة إذ المولى لا يجب له على عبده دين، والأصل أن كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به.

---

(١) سورة الأنعام، الآية: (١٥٢).

وأما وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة حتى تصح الحوالة، سواء كان للمحيل على المحال عليه دين أو لم يكن، وسواء كانت الحوالة مطلقة أو مقيدة.

والجملة فيه أن الحوالة نوعان: مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيده بالدين الذي عليه، والمقيدة أن يقيده بذلك، والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ أحيلَ على مَلِيءٍ فليتبعْ»[1] من غير فصل إلا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في أحكام منها إذا أطلق الحوالة ولم يكن له على المحال عليه دين فإن المحال يطلب المحال عليه بدين الحوالة لا غير، وإن كان له عليه دين فإن المحال عليه يطالب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه المحال بدين الحوالة ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه ولا ينقطع حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة لأن الحوالة لم تتقيد بالدين الذي للمحال عليه لأنها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة فيتعلق دين الحوالة بنعته ودين المحيل بقي على حاله، وإذا قيدها بالدين الذي عليه ينقطع حق مطالبة المحيل لأنه قيد الحوالة بهذا الدين فيتقيد به، ويكون ذلك الدين بمنزلة الرهن عنده وإن لم يكن رهناً على الحقيقة.

ومنها: أنه لو ظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به الحوالة بأن كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع تبطل الحوالة، ولو سقط عنه الدين لمعنى عارض بأن هلك المبيع عند البائع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة عنه، لكن إذا أدى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما أدى على المحيل لأنه قضى دينه بأمره، ولو ظهر ذلك في الحوالة المطلقة لا يبطل، لأنه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به، فإذا ظهر أنه لا دين فقد ظهر أنه لا حوالة، لأن الحوالة بالدين وقد تبين أنه لا دين فتبين أنه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد في الحوالة المطلقة، لأن تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به الدين فيتعلق بالذمة فلا يظهر أن الحوالة كانت باطلة. وكذلك لو قيد الحوالة بألف وديعة عند رجل فهلكت الألف عند المودع بطلت الحوالة، ولو كانت الألف على المحال عليه مضمونه لا تبطل الحوالة بالهلاك لأنه يجب عليه مثلها.

ومنها: أنَّه إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال وعلى المحيل ديون سوى دين المحال وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن.

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٧٤) في البيوع، باب جامع الدين والحوالة.
والشافعي برقم (٢٤٥).
وأحمد في «المسند» (٢/ ٣٧٩ ـ ٣٨٠) و (٤٦٥).
والبخاري في صحيحه» في الحوالة، باب وهل يرجع في الحوالة برقم (٢٢٨٧).
ومسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب تحريم مطل الغني برقم (١٥٦٤).
وأبو داود في «سننه» في البيوع، باب في المطل برقم (٣٣٤٥).
والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب في مطل الغني أنه ظلم برقم (١٣٠٨).
والنسائي في «المجتبى» (٧/ ٣١٧) في البيوع، باب الحوالة وابن ماجة في «سننه» في الصدقات، باب الحوالة برقم (٢٤٠٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

ولنا: الفرق بين الحوالة والرهن، وهو أن المرتهن اختص بغرم الرهن من بين سائر الغرماء، ألا ترى أنه لو هلك يسقط دينه خاصة، ولما اختص بغرمه اختص بغنمه، لأن الخراج بالضمان، فأما المحال في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال، ألا ترى أنه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى على المحيل دونه، فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه أيضاً، بل يكون هو وغرماء المحيل أسوة في ذلك، وإذا أراد المحيل أن يأخذ المحال عليه ببقية دينه فليس له ذلك لأن المال الذي قيدت به الحوالة استحق من المحال عليه فبطلت الحوالة. ولو كانت الحوالة مطلقة والمسألة بحالها يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرماء المحيل ولا يدخل المحال في ذلك، وإنما يؤخذ من المحال عليه لأن الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحال في ذلك لأن حقه ثبت على المحال عليه ولا يعود إلى المحيل، ولكن القاضي يأخذ من غرماء المحيل كفيلاً لأنه ثبت الرجوع إليهم لأحد رجلين.

أما المحال إذا توى ما على الآخر، وأما المحال عليه إذا أدى الدين فالقاضي نصب ناظراً لأمور المسلمين فيحتاط في ذلك بأخذ الكفيل.

فصل: وأما بيان حكم الحوالة فنقول وبالله تعالى التوفيق، الحوالة لها أحكام، منها براءة المحيل وهذا عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء.

وجه قوله: أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفالة، وليس من الوثيقة براءة الأول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير كما في الكفالة سواء.

ولنا: أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازماً فيها والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ضرورة، ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة والإنصاف، ولو كفل بشرط براءة الأصيل جاز وتكون حوالة، لأنه أتى بمعنى الحوالة، واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجباً للحوالة، قال بعضهم: إنها نقل المطالبة والدين جميعاً.

وقال بعضهم: إنها نقل المطالبة فحسب، فأما أصل الدين فباق في ذمة المحيل.

وجه قول الأولين دلالة الإجماع والمعقول.

أما دلالة الإجماع: فلأنا أجمعنا على أنه لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهب الدين منه صحت البراءة والهبة، ولو أبرأ المحيل من الدين أو وهب الدين منه لا يصح، ولولا أن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه وفرغت ذمة المحيل عن الدين لما صح الأول، لأن الإبراء عن الدين وهبة الدين ولا دين محال، ولصح الثاني لأن الإبراء عن دين ثابت وهبته منه صحيح وإن تأخرت المطالبة كالإبراء عن الدين المؤجل.

وأما المعقول: فلأن الحوالة توجب النقل لأنها مشتقة من التحويل وهو النقل فيقتضي نقل ما أضيف

إليه، وقد أضيف إلى الدين لا إلى المطالبة، لأنه إذا قال: أحلت بالدين أو أحلت فلاناً بدينه فيوجب انتقال الدين إلى المحال عليه إلا أنه إذا انتقل أصل الدين إليه تنتقل المطالبة لأنها تابعة، وجه قول الآخرين دلالة الإجماع والمعقول.

أما دلالة الإجماع فإن المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً فينبغي أن لا يجبر على القبول، كما إذا تطوع أجنبي بقضاء دين إنسان على غيره وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده، ولو وهبه منه يرتد برده، كما إذا أبرأ الطالب الكفيل أو وهب منه، ولو انتقل الدين إلى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الإبراء والهبة ولا ارتدا جميعاً بالرد، كما لو أبرأ الأصيل أو وهب منه.

وكذلك المحال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل، وإن كانت الحوالة بأمره كما في الكفالة.

ولو وهب الدين منه له أن يرجع عليه إذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة، ولو كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كالكفالة سواء فدلت هذه الأحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة، ثم إن الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الأصيل فكذا في الحوالة.

وأما المعقول فهو أن الحوالة شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة إبراء الأول بل الوثيقة في نقل المطالبة مع قيام أصل الدين في ذمة المحيل.

ومنها: ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته أو في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا من اختلاف المشايخ فيه، لأن الحوالة أوجبت النقل إلى ذمة المحال عليه بدين في ذمته إما نقل الدين والمطالبة جميعاً وإما نقل المطالبة لا غير وذلك يوجب حق المطالبة للمحال على المحال عليه.

ومنها: ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال فكلما لازمه المحال فله أن يلازم المحيل ليتخلص عن ملازمة المحال وإذا حبسه له أن يحبسه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ولم يكن على المحال عليه دين مثله للمحيل، لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها.

وإن كانت الحوالة بغير أمره أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله والحوالة مقيدة لم يكن للمحال عليه أن يلازم المحيل إذا لوزم ولا أن يحبسه إذا حبس، لأن الحوالة إذا كانت بغير أمر المحيل كان المحال عليه متبرعاً وإن كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحال عليه لكان للمحيل أن يلازمه أيضاً فلا يفيد والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان ما يخرج به المحال عليه من الحوالة فنقول وبالله التوفيق: إنه يخرج من الحوالة بانتهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي بأشياء:

منها: فسخ الحوالة، لأن فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخ تعود المطالبة إلى المحيل.

ومنها: التوى عند علمائنا.

وعن الشافعي[١] رحمه الله حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة إلى المحيل.

واحتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَن أحيلَ عَلى مَليءٍ فَلْيَتبعْ»[٢] ولم يفصل عليه الصلاة والسلام، ولأن الحوالة مبرئة بلا خلاف وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقاً.

ولنا ما روي عن سيدنا عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه: «إذا مات مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل» وقال: «لا توى على مال امرىء مسلم»[٣] وعن شريح مثل ذلك ذكره محمد في الأصل ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافه فكان إجماعاً، ولأن الدين كان ثابتاً في ذمة المحيل قبل الحوالة.

والأصل أن الدين لا يسقط إلا بالقضاء، قال النبي عليه الصلاة والسلام: «الدين مقضي»[٤] إلا أنه ألحق الإبراء بالقضاء في السقوط والحوالة ليست بقضاء ولا إبراء فبقي الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة إلا أن بالحوالة انتقلت المطالبة إلى المحال عليه لكن إلى غاية التوى، لأن حياة الدين بالمطالبة فإذا توى لم تبق وسيلة إلى الأحياء فعادت إلى محلها الأصلي ولا حجة له في الحديث لأنه عليه الصلاة والسلام علق الحكم بشريطة الملاءة وقد ذهبت بالإفلاس ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما:

أحدهما: أن يموت المحال عليه مفلساً.

والثاني: أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال، وقد قال أبو يوسف ومحمد: بهما وبثالث وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ويقضي القاضي بإفلاسه بناء على أن القاضي يقضي بالإفلاس حال حياته عندهما، وعنده لا يقضي به.

ومنها: أداء المحال عليه المال إلى المحال فإذا أدى المال خرج عن الحوالة إذ لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها.

ومنها: أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبله.

ومنها: أن يتصدق به عليه ويقبله لأن الهبة والصدقة في معنى الإبراء، ومنها أن يموت المحال فيرثه المحال عليه.

ومنها: أن يبرئه من المال والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان الرجوع فجملة الكلام في الرجوع في موضعين: في بيان شرائط الرجوع، وفي بيان ما يرجع به أما شرائطه فأنواع:

منها: أن تكون الحوالة بأمر المحيل، فإن كانت بغير أمره لا يرجع بأن قال رجل للطالب أن لك على

---

(١) انظر «الأم» (٣/ ٢٢٨) و «المهذب» (١/ ٣٤٥) و «المنهاج» صفحة (٦٢).

(٢) تقدم تخريجه قريباً.

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٧١) وقال: منقطع عن عثمان.
والتوى: الهلاك انظر مادة توي في «المصباح».

(٤) تقدم تخريجه عند حديث الزعيم غارم.

فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها علي فرضي بذلك الطالب جازت الحوالة إلا أنه إذا أدى لا يرجع على المحيل، لأن الحوالة إذا كانت بأمر المحيل صار المحال مملكاً الدين من المحال عليه بما أدى إليه من المال فكان له أن يرجع بذلك على المحيل، وإن كانت بغير أمره لا يوجد معنى التمليك فلا تثبت ولاية الرجوع.

ومنها: أداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه، وكذا إذا ورثه المحال عليه، لأن الإرث من أسباب الملك فإذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع.

ولو أبرأ المحال المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل، لأن الإبراء إسقاط حقه فلا يعتبر فيه جانب التمليك إلا عند اشتغاله بالرد، فإذا لم يوجد بقي إسقاطاً محضاً فلم يملك المحال عليه شيئاً فلا يرجع.

ومنها: أن لا يكون للمحيل على المحال عليه دين مثله، فإن كان لا يرجع، لأن الدينين التقيا قصاصاً، لأنه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه أيضاً فلا يفيد فيتقاصا الدينين فبطل حق الرجوع.

وأما بيان ما يرجع به فنقول وبالله التوفيق:أن المحال عليه يرجع بالمحال به لا بالمؤدى حتى لو كان الدين المحال به دراهم فنقد المحال عليه دنانير عن الدراهم أو كان الدين دنانير فنقده دراهم عن الدنانير فتصارفا جاز ويراعى فيه شرائط الصرف حتى لو افترقا قبل القبض أو شرطا فيه الأجل والخيار يبطل الصرف ويعود الدين إلى حاله.

وإذا صحت المصارفة فالمحال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمؤدى لأن الرجوع بحكم الملك وأنه يملك دين الحوالة لا المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين لما ذكرنا في كتاب الكفالة، وكذا إذا باعه بالدراهم أو الدنانير عرضاً يرجع بمال الحوالة لما ذكرنا.

وكذا إذا أعطاه زيوفاً مكان الجياد وتجوز بها المحال رجع على المحيل بالجياد لما قلنا.

ولو صالح المحال المحال عليه فإن صالحه على جنس حقه وأبرأه عن الباقي يرجع على المحيل بالقدر المؤدى لأنه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به.

وإن صالح على خلاف جنس حقه بأن صالحه من الدراهم على دنانير أو على مال آخر يرجع على المحيل بكل الدين، لأن الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضاً على كل الدين.

ولو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلفا، فقال المحيل لم يكن لك علي شيء وإنما أنت وكيلي في القبض والمقبوض لي، وقال المحال: لا، بل أحلتني بألف كانت لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه، لأن المحال يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله عز وجل أعلم.

كتاب الوكالة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في بيان معنى التوكيل لغةً وشرعاً، وفي بيان ركن التوكيل، وفي بيان شرائط الركن، وفي حكم التوكيل، وفي بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة.

أما الأول فالتوكيل إثبات الوكالة، والوكالة في اللغة تذكر ويراد بها الحفظ قال الله عز وجل: ﴿وَقَالُوا حَسبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الوَكِيلُ﴾[١] أي الحافظ، وقال تبارك وتعالى: ﴿لاَ إِلَهَ إِلاَّ هُوَ فَاتَّخِذْهُ وَكيلاً﴾[٢].

قال الفراء: أي حفيظاً وتذكر ويراد بها الاعتماد وتفويض الأمر، قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ المُتَوَكِّلُونَ﴾[٣] وقال الله تعالى عز وجل خبراً عن سيدنا هود عليه الصلاة والسلام: «إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللهِ رَبِّي وَرَبِّكُم»[٤] أي اعتمدت على الله وفوضت أمري إليه، وفي الشريعة يستعمل في هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوي وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل، ولهذا قال أصحابنا إن من قال لآخر وكلتك في كذا أن يكون وكيلاً في الحفظ لأنه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه.

فصل: وأما بيان ركن التوكيل فهو الإيجاب والقبول، فالإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه، والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجري مجراه فما لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد، ولهذا لو وكل إنساناً بقبض دينه فأبى أن يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم، لأن تمام العقد بالإيجاب والقبول، وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر كما في البيع ونحوه، ثم ركن التوكيل قد يكون مطلقاً وقد يكون معلقاً بالشرط نحو أن يقول إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا العبد وقد يكون مضافاً إلى وقت بأن يقول وكلتك في بيع هذا العبد غداً ويصير وكيلاً في الغد فما بعده ولا يكون وكيلاً قبل الغد، لأن التوكيل إطلاق التصرف والإطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط، والإضافة إلى الوقت كالطلاق والعتاق وإذن العبد في التجارة والتمليكات كالبيع والهبة والصدقة والإبراء عن الديون والتقييدات كعزل الوكيل والحجر على العبد المأذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك.

فصل: وأما الشرائط فأنواع: بعضها يرجع إلى الموكل، وبعضها يرجع إلى الوكيل وبعضها يرجع إلى الموكل به، أما الذي يرجع إلى الموكل فهو أن يكون ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه، لأن التوكيل تفويض

---

(١) سورة آل عمران، الآية: (١٧٣).
(٢) سورة المزمل، الآية: (٩).
(٣) سورة إبراهيم، الآية: (١٢).
(٤) سورة هود، الآية: (٥٦).

ما يملكه من التصرف إلى غيره فما لا يملكه بنفسه كيف يحتمل التفويض إلى غيره فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلاً، لأن العقل من شرائط الأهلية.

ألا ترى أنهما لا يملكان التصرف بأنفسهما، وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة، ويصح بالتصرفات النافذة كقبول الهبة والصدقة من غير إذن المولى لأنه مما يملكه بنفسه بدون إذن وليه فيكل تفويضه إلى غيره بالتوكيل، وأما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والإجارة، فإن كان مأذوناً له في التجارة يصح منه التوكيل بها لأنه يملكها بنفسه، وإن كان محجوراً ينعقد موقوفاً على إجازة وليه وعلى إذن وليه بالتجارة أيضاً كما إذا فعل بنفسه، لأن في انعقاده فائدة لوجود المجيز للحال وهو الولي، ولا يصح من العبد المحجور ويصح من المأذون والمكاتب لأنهما يملكان بأنفسهما فيملكان بالتفويض إلى غيرهما بخلاف المحجور.

وأما التوكيل من المرتد فموقوف إن أسلم ينفذ وإن قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب يبطل عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد هو نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده لوقوف أملاكه، وعندهما نافذة لثبوت أملاكه، ويجوز التوكيل من المرتدة بالإجماع، لأن تصرفاتها نافذة بلا خلاف.

وأما الذي يرجع إلى الوكيل فهو أن يكون عاقلاً فلا تصح وكالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لما قلنا.

وأما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة فتصح وكالة الصبي العاقل والعبد مأذونين كانا أو محجورين، وهذا عند أصحابنا، وقال الشافعي[1] رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لأنه غير مكلف ولا تصح وكالة المجنون.

ولنا ما روي: أن رسول الله ﷺ لما خطب أم سلمة قالت: إن أوليائي غيب يا رسولَ الله، فقال ﷺ: «لَيْسَ فِيهِم مَنْ يَكْرَهُنِي» ثم قال لعمر ابن أم سلمة: «**قم فزوجْ أُمّكَ مني فزوجها من رسول الله ﷺ وكانَ صَبياً**»[2] والاعتبار بالمجنون غير سديد، لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية، وقد انعدم هناك ووجد هنا فتصح وكالته كالبالغ إلا أن حقوق العقد من البيع ونحوه ترجع إلى الوكيل إذا كان بالغاً، وإذا كان صبياً ترجع إلى الموكل لما ذكرنا في موضعه إن شاء الله تعالى.

وكذا ردة الوكيل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بأن وكل مسلم مرتداً؛ لأن وقوف تصرفات المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف في ملك الموكل وأنه نافذ التصرفات، وكذا لو كان مسلماً وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا إلا أن يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته لما نذكر في موضعه.

وأما علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة لا خلاف في أن العلم بالتوكيل في الجملة شرط، أما

(١) انظر: «المهذب» (١/٣٥٦)، و «الوجيز» (١/٨٩) و «المنهاج» صفحة (٦٤).

(٢) أخرجه النسائي في «المجتبى من السنن» في النكاح، باب إنكاح الابن أمه (٨/٨١) وأحمد في «المسند» (٦/ ٢٩٥) و (٣١٣) و (٣١٧).
والحاكم في «المستدرك» (٢/١٧٨) وقال: «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». وانظر «نصب الراية» (٤/ ٩٢).

علم الوكيل وأما علم من يعامله حتى أنه لو وكل رجلاً ببيع عبده فباعه الوكيل من رجل قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة، لأن حكم الآمر لا يلزم إلا بعد العلم بالمأمور به أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به كما في أوامر الشرع.

وأما علم الوكيل على التعيين بالتوكيل فهل هو شرط، ذكر في الزيادات أنه شرط، وذكر في الوكالة أنه ليس بشرط، فإنه قال إذا قال الموكل لرجل اذهب بعبدي هذا إلى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد إليه وأخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه فاشتراه منه صح شراؤه، وإن لم يخبره بذلك فالبيع جائز، كذا ذكر محمد في كتاب الوكالة، وجعل علم المشتري بالتوكيل كعلم البائع الوكيل.

وذكر في «**الزيادات**» أنه لا يجوز البيع، وصورة المسألة في الصبي المأذون، وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع، فإنه قال إذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فإني قد أذنت له في التجارة فبايعوه جاز، وإن لم يعلم العبد بإذن المولى لهم بالمبايعة وليس التوكيل كالوصاية، فإن من أوصى إلى رجل غائب أي جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصي، ثم إن الوصي باع شيئاً من تركة الميت قبل علمه بالوصاية والموت، فإن بيعه جائز استحساناً ويكون ذلك قبولاً منه للوصاية حتى لا يملك إخراج نفسه منها، والقياس أن لا يجوز، والفرق أن الوصي خلف عن الموصي قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث.

ولو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه، فكذا الوصي بخلاف التوكيل لأنه أمر من الموكل وحكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم أو سببه على ما مر، فإذا ثبت أن العلم بالتوكيل شرط، فإن كان التو:يب بحضرة الموكل أو كتب الموكل بذلك كتاباً إليه فبلغه وعلم ما فيه أو أرسل إليه رسولاً فبلغ الرسالة أو أخبره بالتوكيل رجلان أو رجل واحد عدل صار وكيلاً بالإجماع، وإن أخبره بذلك رجل واحد غير عدل فإن صدقه صار وكيلاً أيضاً وإن لم يصدقه ينبغي أن يكون على الاختلاف في العدل عند أبي حنيفة لا يكون وكيلاً، وعند أبي يوسف ومحمد يكون وكيلاً كما في العزل على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما الذي يرجع إلى الموكل فإنه يرجع إلى بيان ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه أن التوكيل لا يخلو إما أن يكون بحقوق الله عز وجل وهي الحدود، وإما أن يكون بحقوق العباد، والتوكيل بحقوق الله عز وجل نوعان:

أحدهما: بالإثبات.

والثاني: بالاستيفاء.

أما التوكيل بإثبات الحدود، فإن كان حداً لا يحتاج فيه إلى الخصومة كحد الزنا وشرب الخمر فلا يتقدر التوكيل فيه بالإثبات لأنه يثبت عند القاضي بالبينة أو الإقرار من غير خصومة.

وإن كان مما يحتاج فيه إلى الخصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل بإثباته عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما إلا من الموكل، وكذلك الوكيل بإثبات القصاص على هذا الخلاف.

وجه قول أبي يوسف: أنه كما يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالإثبات، لأن الإثبات وسيلة إلى الاستيفاء، ولهما: الفرق بين الإثبات والاستيفاء وهو أن امتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعدمة في التوكيل بالإثبات.

وأما التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة، فإن كان المقذوف والمسروق منه حاضراً وقت الاستيفاء جاز، لأن ولاية الاستيفاء إلى الأمام وأنه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال.

وإن كان غائباً اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: يجوز، لأن عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وأنه لايحتملهما.

وقال بعضهم: لا يجوز، لأنه إن كان لا يحتمل العفو والصلح فيحتمل الإقرار والتصديق وهذا عندنا.

وقال الشافعي[1] رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف كيف ما كان.

وجه قوله: أن هذا حقه فكان بسبيل من استيفائه بنفسه وبنائبه كما في سائر الحقوق.

ولنا: الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا أنه يحتمل أنه لو كان حاضر الصدق الرامي فيما رماه أو يترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة والشبهة لا تمنع من استيفاء سائر الحقوق.

ويجوز التوكيل بالتعزير إثباتاً واستيفاء بالاتفاق وللوكيل أن يستوفي، سواء كان الموكل غائباً أو حاضراً لأنه حق العبد ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود والاختصاص، ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص.

وأما التوكيل باستيفاء القصاص فإن كان الموكل وهو المولى حاضراً جاز لأنه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التوكيل، وإن كان غائباً لا يجوز لأن احتمال العفو قائم لجواز أنه لو كان حاضراً لعفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة.

وعند الشافعي[2] رحمه الله: يجوز وإن كان غائباً والكلام في الطرفين على نحو ما ذكرنا في حد القذف.

وأما التوكيل بحقوق العباد فنقول وبالله التوفيق: حقوق العباد على نوعين نوع لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالقصاص، وقد مر حكم التوكيل بإثباته وباستيفائه، ونوع يجوز استيفاؤه وأخذه مع الشبهة كالديون والإعتاق وسائر الحقوق سوى القصاص فنقول لا خلاف أنه يجوز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق برضا الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل.

والأصل فيه ما روي عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما: أن سيدنا علياً رضي الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن لها لحماً يحضرها الشياطين فجعل الخصومة إلى عقيل رضي الله عنه فلما كبر ورق حولها إليّ وكان علي يقول ما قضي لوكيلي فلي وما قضي على وكيلي فعلي.

---

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (١١٠) و «الروضة» (٤/ ٣٢٠).

(٢) انظر «المهذب» (١/ ٣٥٨).

ومعلوم أن سيدنا علياً رضي الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم، فدل على الجواز برضا الخصم، واختلف في جوازه بغير رضا الخصم.

قال أبو حنيفة عليه الرحمة: لا يجوز من غير عذر المرض والسفر وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز في الأحوال كلها[١]، وهو قول الشافعي رحمه الله[٢].

وذكر الجصاص[٣]: أنه لا فصل في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة والبكر والثيب لكن المتأخرين من أصحابنا استحسنوا في المرأة إذا كانت مخدرة غير بريزة فجوزوا توكيلها، وهذا استحسان في موضعه. وقال ابن أبي ليلى لا يجوز إلا توكيل البكر، وهذا غير سديد لما يذكر.

وجه قولهم: أن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين، ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعي والإنكار حق المدعي عليه، فقد صادف التوكيل من المدعي والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضا خصمه، كما لو كان خاصمه بنفسه، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحق هو الدعوى الصادقة والإنكار الصادق، ودعوى المدعي خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو والغلط، وكذا إنكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال في خبره بمعارضة خبر المدعي فلم يكن كل ذلك حقاً فكان الأصل أن لا يلزم به جواب، إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة، وحق الضرورة يصير مقضياً بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما أن الناس في الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر، فربما يكون الوكيل ألحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن إحياء حقه فيتضرر به فيشرط رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه.

وإذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب بنفسه، فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت، وهذا لا يجوز.

وكذلك إذا كانت المرأة مخدرة مستورة لأنها تستحي عن الحضور لمحافل الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكراً كانت أو ثيباً فيضيع حقها.

وأما في مسألتنا فلا ضرورة. ولو وكل بالخصومة واستثنى الإقرار وتزكية الشهود في عقد التوكيل بكلام منفصل جاز ويصير وكيلاً بالإنكار، سواء كان التوكيل من الطالب أو من المطلوب في ظاهر الرواية.

---

(١) واختار السرخسي التفصيل في المسألة بحسب ما تقتضيه المصلحة لكلا الطرفين: حيث يقول: «والذي نختاره في هذه المسألة بحسب ما تقتضيه المصلحة لكلا الطرفين حق يقول في «المبسوط» (٨/١٩): «والذي نختاره في هذه المسألة، أن القاضي إذا علم من المدعي التعنت في إباء الوكيل لا يمكنه من ذلك، ويقبل التوكيل من الخصم من غير رضاه، وإذا علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل منه ذلك إلا برضا الخصم فيصير إلى دفع الضرر من الجانبين».

ونقل الغنيمي في «اللباب شرح الكتاب» عن «الدرر» أن «عليه فتوى المتأخرين».

(٢) انظر «المهذب» (١/ ٣٥٥) و «الوجيز» (١/ ١٨٨).

(٣) تقدمت ترجمته.

وروي عن محمد: أنه إذا وكل الطالب واستثنى الإقرار يجوز، وإن وكل المطلوب لا يجوز، والصحيح جواب ظاهر الرواية، لأن استثناء الإقرار في عقد التوكيل إنما جاز لحاجة الموكل إليه، لأن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله عند أصحابنا الثلاثة، ولو أطلق التوكيل من غير استثناء لتضرر به الموكل. وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب والمطلوب، لأن كل واحد منهما يحتاج إلى التوكيل بالخصومة. هذا إذا وكل بالخصومة واستثنى الإقرار في العقد، فأما إذا وكل مطلقاً ثم استثنى الإقرار في كلام منفصل يصح عند أبي يوسف وعند محمد لا يصح.

وأما التوكيل: بالإقرار فذكر في الأصل أنه يجوز، وذكر الطحاوي أنه لا يجوز، ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد المأذون والمكاتب لأنهم يملكون الخصومة بأنفسهم فيملكون تفويضها إلى غيرهم بالتوكيل، ويجوز من الذمي كما يجوز من المسلم، لأن حقوقهم مصونة مرعية عن الضياع كحقوقنا، ويجوز التوكيل بقبض الدين، لأن الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التفويض إلى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات، إلا أن التوكيل بقبض رأس مال السلم، وبدل الصرف إنما يجوز في المجلس، لأن الموكل إنما يملك القبض فيه لا في غيره.

وإذا قبض الدين من الغريم برىء الغريم لأن القبض الصحيح يوجب البراءة وتجوز الوكالة بقضاء الدين، لأنه يملك القضاء بنفسه، وقد لا يتهيأ له القضاء بنفسه فيحتاج إلى التفويض إلى غيره، سواء كان الموكل حراً أو عبداً، مأذوناً أو مكاتباً، لأنهما يملكان القضاء بأنفسهما فيملكان التفويض إلى غيرهما أيضاً ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة، لأن هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها غيره.

ويجوز بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والإعتاق على مال والصلح على إنكار لأنه يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها إلى غيره وتجوز الهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والاستعارة والاستيهاب والارتهان لما قلنا.

ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا، ويجوز بالإقراض والاستقراض، إلا أن في التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل إلا إذا بلغ على وجه الرسالة بأن يقول أرسلني فلان إليك ليستقرض كذا.

ويجوز التوكيل بالصلح وبالإبراء، ويجوز بالطلاق والعتاق والإجارة والاستئجار لما قلنا.

ويجوز بالسلم والصرف لأنه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما إلى غيره إلا أن قبض البدل في المجلس شرط بقاء العقد على الصحة والعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما، لأن حقوق العقد راجعة إليهما لما نذكر، فإذا تقابض الوكيلان في المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فيبقى العقد على الصحة، بخلاف الرسولين إذا تقابضا في المجلس ثم افترقا أنه يبطل العقد، لأن حقوق العقد لا ترجع إلى الرسول فلا يقع قبضهما عن المستحق بالعقد، فإذا افترقا فقد حصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر، ولا تعتبر مفارقة الموكل؛ لأن الحقوق لا ترجع إليه بل هو أجنبي عنها فبقاؤه وافتراقه بمنزلة واحدة.

ويجوز التوكيل بالبيع والشراء لأنهما مما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض إلى غيره إلا أن لجواز التوكيل بالشراء شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر.

وبيان ذلك: أن التوكيل بالشراء نوعان: عام وخاص، فالعام أن يقول له: اشتر لي ما شئت، أو ما رأيت أو أي ثوب شئت، أو أي دار شئت، أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن، لأنه فوض الرأي إليه فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبضاعة والمضاربة، والخاص أن يقول: اشتر لي ثوباً أو حيواناً أو دابة أو جوهراً، أو عبداً أو جارية أو فرساً أو بغلاً أو حماراً أو شاة.

والأصل فيه أن الجهالة إن كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل، وإن كانت قليلة لا تمنع، وهذا استحسان، والقياس: أن يمنع قليلها وكثيرها، ولا يجوز إلا بعد بيان النوع والصفة ومقدار الثمن، لأن البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما أيضاً.

وجه الاستحسان: ما روي «**أن رسولَ الله ﷺ: دفعَ دِيناراً إلى حكيم بن حزام ليشتري لَهُ بِهِ أُضحية**»[1] ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله ﷺ لأن جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأضحية وبقدر الثمن، ولأن الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة، لأن مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة، فالظاهر أنه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع، لأن مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال، فالجهالة فيه وإن قلت تفضي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق.

وإذا ثبت أن الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة صح التوكيل بالشراء وإلا فلا ينظر إن كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به إلا بعد بيان النوع، وذلك نحو أن يقول اشتر لي ثوباً، لأن اسم الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الإبريسم والقطن والكتان وغيرهما فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل فلا يصح وإن سمى الثمن لأن الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا تقل إلا بذكر النوع بأن يقول اشتر لي ثوباً هروياً فإن سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل.

وكذا إذا قال: اشتر لي حيواناً أو قال: اشتر لي دابة أو أرضاً أو مملوكاً أو جوهراً أو حبوباً لأن كل واحد منها اسم جنس يدخل تحته أنواع مختلفة فلا بد من ذكر النوع بأن يقول ثوباً هروياً، فإذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل، وكذا إذا قال اشتر لي داراً لا يصح، لأن بين الدار والدار تفاوتاً فاحشاً فإن عين الدار يجوز، وإن لم يعين ولكنه بين الثمن جاز أيضاً ويقع على دور المصر الذي وقع فيه الوكيل، لأن الجهالة تقل بعد بيان الثمن.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يصح التوكيل بعد بيان الثمن حتى يعين مصراً من الأمصار، ولو قال:

---

(١) أخرجه أبو داود في «سننه» برقم (٣٣٨٦) والترمذي في «جامعه» برقم (١٢٥٧).

اشتر لي داراً في موضع كذا أو حبة لؤلؤ أو فص ياقوت أحمر ولم يسم الثمن لا يجوز، لأن التفاوت متفاحش والصفة لا تصير معلومة بحال الموكل فلا بد من بيان الثمن، وإن كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه لا يقع إلا على نوع واحد يكتفي فيه بذكر أحد أمرين، إما الصفة بأن قال اشتر لي عبداً تركياً أو مقدار الثمن بأن قال اشتر لي عبداً بألف درهم لأن الجهالة تقل بذكر أحدهما وبحال الموكل، لأن الصفة تصير معلومة بذكر الثمن، وإن لم يذكرها، وإذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوماً بحال الآمر فيما يشتريه أمثاله عادة، حتى أنه لو خرج المشتري عن عادة أمثاله لا يلزم الموكل، كذا روي عن أبي يوسف فيمن قال: اشتر لي خادماً من جنس كذا إن ذلك يقع على ما يتعامله الناس من ذلك الجنس، فإن كان الثمن كثيراً لا يتعامل الناس به لم يجز على الآمر. وكذا البدوي إذا قال اشتر لي خادماً حبشياً فهو على ما يعتاده أهل البادية وهذا كله اعتبار حال الموكل. فإن لم يذكر أحدهما أصلاً فالوكالة باطلة لأن الجهالة فحشت بترك ذكرهما جميعاً فمنعت صحة الوكالة.

ولو قال: اشتر لي حماراً أو بغلاً أو فرساً أو بعيراً ولم يذكر له صفة ولا ثمناً قالوا إنه يجوز، لأن النوع صار معلوماً بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن، فينظر إن اشترى حماراً بمثل قيمته أو بأقل أو بأكثر قدر ما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل إذا كان الحمار مما يشترى مثله الموكل، وإن كان مما لا يشتري مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل وإن اشتراه بمثل قيمته، نحو أن يكون الموكل مكارياً فاشترى الوكيل حماراً مصرياً يصلح للركوب، لأن مثله يشتري الحمار للعمل والحمل لا للركوب.

ولو قال: اشتر لي شاة أو بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمناً لا يجوز لأن الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ولا بد وأن يكون أحدهما معلوماً لما بينا.

ولو قال: اشتر لي حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر أحد شيئين: إما قدر الثمن، وإما قدر المثمن وهو المكيل لأن الجهالة لا تقل إلا بذكر أحدهما وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات، ولو وكله ليشتري له طيلساناً لا يصح إلا بعد بيان الثمن والنوع لأن الجهالة لا تقل إلا بعد بيان أحدهما والله أعلم.

فصل: وأما بيان حكم التوكيل فنقول وبالله التوفيق: حكم التوكيل صيرورة المضاف إليه وكيلاً، لأن التوكيل إثبات الوكالة وللوكالة أحكام.

منها: ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل فيحتاج إلى بيان ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق: الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله في الجملة عند أصحابنا الثلاثة، وقال زفر والشافعي[1] رحمهما الله: لا يملك والأب والوصي وأمين القاضي لا يملك الإقرار على الصغير بالإجماع.

وجه قولهما: أن الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والإقرار مسالمة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل.

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (١١٠) و «المهذب» (١/ ٣٥٨) و «الروضة» (٤/ ٣٢٠).

ولنا: أن التوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله عز وجل وقد يكون ذلك إنكاراً وقد يكون إقراراً، فإذا أقر على موكله دل أن الحق هو الإقرار فينفذ على الموكل كما إذا أقر على موكله وصدقه الموكل، ثم اختلف أصحابنا الثلاثة فيما بينهم، قال أبو حنيفة ومحمد يصح إقراره في مجلس القاضي لا في غيره، وقال أبو يوسف يصح فيه وفي غيره.

وجه قوله: أن التوكيل تفويض ما يملكه الموكل إلى غيره وإقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضي فكذا إقرار الوكيل.

ولهما: أنه فوض الأمر إليه لكن في مجلس القاضي، لأن التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة، وكل ذلك يختص بمجلس القاضي، ألا يرى أن الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي، وكذا الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضي فتتقيد بمجلس القاضي إلا أنه إذا أقر في غير مجلس القاضي يخرج عن الوكالة وينعزل لأنه لو بقي وكيلاً لبقي وكيلاً بالإقرار عيناً، لأن الإنكار لا يسمع منه للتناقض والإقرار عيناً غير موكل به والوكيل بالخصومة في مال إذا قضى القاضي به يملك قبضه عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر لا يملك.

وجه قوله: أن المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء ومن الوكيل بالقبض الأمانة وليس كل من يهتدي إلى شيء يؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلاً بالقبض.

ولنا: أنه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه، لأن الخصومة فيه لا تنتهي إلا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلاً بالقبض والوكيل بتقاضي الدين يملك القبض في ظاهر الرواية، لأن حق التقاضي لا ينقطع إلا بالقبض فكان التوكيل به توكيلاً بالقبض، ولأن التقاضي والاقتضاء والاستيفاء واحد إلا أن المتأخرين من أصحابنا قالوا: إنه لا يملك في عرف ديارنا لأن الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضي كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة في أموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في إثبات الدين إذا أنكر الغريم عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يملك وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة أيضاً فيملك إقامة البينة.

وكذا لو أقام المدعي عليه البينة أن صاحب الدين استوفى منه أو أبرأه عنه قبلت بينته عنده، وعندهما لا تقبل ولا يملك، وأجمعوا في الوكيل بقبض العين إذا أنكر من في يده أنه لا يملك الخصومة حتى لا يملك إقامة البينة.

ولو أقام المدعى عليه البينة أنه اشتراها من الذي وكله بالقبض لا تسمع منه بينته في إثبات الشراء ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال إلى أن يحضر الموكل، وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة أنه يملك الخصومة.

وجه قولهما: أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين الحق فلا يتعدى إلى الخصومة كالتوكيل بقبض العين، ولأبي حنيفة أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحقوق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالعاقد كما في البيع والإجارة ودلالة ذلك أن استيفاء عين الدين لا يتصور، لأن الدين إما أن يكون عبارة عن

الفعل وهو فعل تسليم المال، وإما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه ولكن استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة وهو مبادلة المأخوذ العين بما في ذمة الغريم وتمليكه بهذا القدر المأخوذ من المال فأشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن، لأن ذلك توكيل باستيفاء عين الحق لا بالمبادلة لأن عينه مقدور الاستيفاء فلا يملك الخصومة فيها إلا بأمر جديد فهو الفرق بين الفصلين فإذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعى عليه على الشراء من الموكل بالقبض لأنها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل.

ويجوز أن تكون البينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل إنساناً بنقل زوجته إلى حيث هو فطالبها الوكيل بالانتقال فأقامت البينة على أن زوجها طلقها ثلاثاً تسمع هذه البينة في اندفاع حق الوكيل في النقل ولا تسمع في إثبات الحرمة كذا هذا.

وكذلك الوكيل بأخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وكذا الرد بالعيب والقسمة فيها معنى المبادلة فكانت الخصومة فيها من حقوقها فيملكها الوكيل كالوكيل بالبيع والوكيل بالقبض إذا أراد أن يوكل غيره.

هذا على وجهين: إما أن كانت الوكالة عامة بأن قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ما شئت أو ما صنعت من شيء فهو جائز علي أو نحو ذلك، وإما أن كانت خاصة بأن لم يقل ذلك عند التوكيل بالقبض، فإن كانت عامة يملك أن يوكل غيره بالقبض، لأن الأصل فيما يخرج مخرج العموم إجراؤه على عمومه.

وإن كانت خاصة فليس له أن يوكل غيره بالقبض، لأن الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك قدر ما فوض إليه، فإن فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ الغريم من الدين، لأن توكيله بالقبض إذا لم يصح فقبضه وقبض الأجنبي سواء، فإن وصل إلى يد الوكيل الأول برىء الغريم لأنه وصل إلى يد من هو نائب الموكل في القبض.

وإن هلك في يده قبل أن يصل إلى الوكيل الأول ضمن القابض للغريم لأن قبضه بجهة استيفاء الدين والقبض بجهة استيفاء الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشراء وكان له أن يرجع بما ضمن على الوكيل الأول، لأنه صار مغروراً من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه، إذ كل غار ضامن للمغرور بما لحقه من العهدة فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرأ الغريم من الدين لما قلنا أن توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه، وإذا أخذ منه رجع الغريم على الوكيل الثاني لما قلنا، ويرجع الوكيل الثاني على الأول بحكم الغرور لما قلنا أن الوكيل بقبض الدين للموكل على إنسان معين أو في بلد معين لا يملك أن يتعدى إلى غيره لأن المتصرف بحكم الآمر لا يملك التعدي عن موضع الأمر وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عوضاً عن الدين، وهو أن يأخذ عيناً مكانه، لأن هذه معاوضة مقصودة وإنها لا تدخل تحت التوكيل بقبض الدين، وهذا لما بينا أن قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه حقيقة، إلا أن التوكيل بقبض الدين جعل توكيلاً بالمعاوضة ضرورة تصحيح التصرف ودفع الحاجة المعلقة بالتوكيل بقبض الدين وحق الضرورة يصير مقضياً

بثبوتها ضمناً للعقد فبقيت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد أصلاً فلا يملكها الوكيل.

ولو كان لرجل على رجل دين فجاء إنسان إلى الغريم وقال إن الطالب أمرني أن أقبضه منك، فإن صدقه الغريم وأراد أن يدفع إليه لا يمنع منه، وإن أبى أن يدفع إليه يجبر على الدفع في الدين وفي العين لا يجبر عليه.

والفرق: أن التصديق في الدين إقرار على نفسه فكان مجبوراً على التسليم، وفي العين إقرار على غيره فلا يصح إلا بتصديق ذلك الغير.

وإن لم يصدقه لم يجبر على الدفع، فإن دفعه إليه ثم جاء الطالب فإن صدقه مضى الأمر وإن كذبه وأنكر أن يكون وكله بذلك فهذا على وجوه ثلاثة: إما أن صدقه ودفعه إليه وإما أن كذبه ومع ذلك دفع إليه، وإما أن لم يصدقه ولم يكذبه ودفع إليه، فإن صدقه في الوكالة ولم يضمنه فجاء الطالب يقال له ادفع الدين إلى الطالب ولا حق لك على الوكيل، لأنه لما صدقه في الوكالة فقد أقر بوكالته وإقراره صحيح في حق نفسه، فكأنه يقول: إن الوكيل كان محقاً في القبض وإن الطالب ظالم فيما يقبض مني وإن ظلم على مبطل فلا أظلم على محق، وإن صدقه وضمنه ما دفع إليه ثم حضر الطالب فأخذ منه يرجع هو على القابض لأن الغريم وإن أقر أن القابض محق في القبض بتصديقه إياه في الوكالة فعنده أن الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبض منه، فإذا ضمنه فقد أضاف الضمان إلى ما يقبضه الطالب عنه بغير حق، وإضافة الضمان إلى المقبوض المضمون صحيح كما إذا قال: ما غصبك فلان فعلي.

وإن كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع إليه له أن يضمن الوكيل لأن عنده أنه مبطل في القبض وإنما دفعه إليه على رجاء أن يجوزه الطالب.

وكذا إذا لم يصدق ولم يكذب لأنه لم يوجد منه الإقرار بكونه محقاً في القبض فيملك الرجوع عليه الوكيل بقبض الدين إذا قبضه فوجده معيباً فما كان للموكل رده فله رده وأخذ بدله لأنه قائم مقام الموكل فهو يملك قبض حقه أصلاً ووصفاً فكذا الوكيل.

ولو وكل رجلاً بقبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم أنه قد أوفاه الطالب لا يحتاج الوكيل إلى إقامة البينة ولا إلى إحضار الطالب ليحلفه لكن يقال للغريم: ادفع الدين إلى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه إن أردت يمينه، فإن حلف وإلا رجعت عليه لأنه مقر بالدين والدين مقضي على لسان رسول الله ﷺ فلا يحكم بسقوطه بدعوى الإيفاء مع الاحتمال، بل يجبر على التسليم إلى الوكيل.

وكذلك الوكيل بطلب الشفعة إذا ادعى المشتري أن الشفيع قد سلم الشفعة يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع وحلفه إن أردت يمينه لأن المشتري مقر بثبوت حق الشفعة، لأن تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال فيؤمر بتسليم المشتري إلى الوكيل وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب إذا ادعى البائع أن المشتري قد رضي بالعيب أنه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله تعالى ما رضي بهذا العيب، لأن البائع بقوله رضي المشتري بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب إذ ليس كل عيب موجباً للرد.

ألا ترى أنه لو اشتراه وهو عالم بعيبه ليس له حق الرد مع وجود العيب فيتوقف على حضور الموكل ويمينه، فإن أراد الغريم أن يحلف الوكيل بالله عز وجل ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لم يكن له أن يحلفه عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال زفر: يحلفه على علمه، فإن أبى أن يحلف خرج عن الوكالة ولم يبرأ الغريم وكان الطالب على حجته.

وجه قول زفر: أن هذا أمر لو أقر به الوكيل للزمه وسقط حقه من القبض فإذا أنكر يستحلف لجواز أنه ينكل عن اليمين فيسقط حقه.

ولنا: قول النبي عليه الصلاة والسلام: «واليمينُ عَلَى المُدعَى عَليهِ»[(١)] والغريم ما ادعى على الوكيل سيئاً وإنما ادعى على الموكل فكانت اليمين عليه واليمين مما لا تجري فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولاية استحلاف الوكيل، وهذا بخلاف ما إذا مات الطالب فادعى الغريم أنه قد كان استوفاه حال حياته وأنكر الوارث أن له أن يستحلف الوارث على علمه بالله تعالى ما يعلم أن الطالب استوفى الدين لأن هناك الوارث مدعى عليه، لأن الغريم يدعي عليه بطلان حقه في الاستيفاء الذي هو حقه فلم يكن استحلافه بطريق النيابة عن المورث إلا أنه يستحلف على علمه لأنه يستحلف على فعل غيره وكل من يستحلف على فعل باشره غيره يستحلف على العلم لا البت لأنه لا علم له به أنه فعل ذلك أو لم يفعل.

فإن أقام الغريم البينة على الإيفاء سمعت بينته عند أبي حنيفة، وعندهما لا تسمع، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة بناء على أن الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلاً بالخصومة فيه عنده يكون، وعندهما لا يكون لما تقدم.

وكذلك على هذا الاختلاف إذا أقام الغريم البينة أنه أعطى الطالب بالدراهم الدنانير أو باعه بها عرضاً فبينته مسموعة عنده، وعندهما غير مسموعة لأن إيفاء الدين بطريقي المبادلة والمقاصة، ويستوي فيهما الجنس وخلاف الجنس فكان الخلاف في الكل ثابتاً.

وأما الوكيل بالبيع فالتوكيل بالبيع لا يخلو إما أن يكون مطلقاً، وإما أن يكون مقيداً، فإن كان مقيداً يراعى فيه القيد بالإجماع حتى أنه إذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل ولكن يتوقف على إجازته إلا أن يكون خلافه إلى خير لما مر أن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيلي من التصرف قدر ما ولاه.

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه»، في الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن برقم (١٢٤٩) وفي تفسير سورة آل عمران برقم (٤٢١٩).

ومسلم في «صحيحه» في الأقضية، باب اليمن على المدعي برقم (١٧١١) بلفظ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمن على المدعى عليه».

وأخرجه الشافعي في «الأم» (٧/ ٩٣) و (٤/ ٦٦) وفي «مختصر المزني» صفحة (٣١٣) وفي «اختلاف الحديث» صفحة (٥٥٧).

وفي «المسند» برقم (٦٤١) و (٢/ ١٨١) في كتاب الأحكام بلفظ: «البينة على المدعي ـ أحسبه قال: «وأنتبه أنه قال: واليمين على المدعى عليه».

وإن كان الخلاف إلى خير فإنما نفذ لأنه إن كان خلافاً صورة فهو وفاق معنى لأنه آمر به دلالة فكان متصرفاً بتولية الموكل فنفذ بيان هذه الجملة إذا قال بع عبدي هذا بألف درهم فباعه بأقل من الألف لا ينفذ.

وكذا إذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ، وإن كانت قيمته أكثر من ألف درهم لأنه خلاف إلى شر، لأن أغراض الناس تختلف باختلاف الأجناس فكان في معنى الخلاف إلى شر، وإن باعه بأكثر من ألف درهم نفذ لأنه خلاف إلى خير فلم يكن خلافاً أصلاً.

وكذلك على هذا لو وكله بالبيع بألف درهم حالة فباعه بألف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف لما قلنا، وإن وكله بأن يبيعه بألف درهم نسيئة فباعه بألف حالة نفذ لما قلنا، وإن وكله بأن يبيع ويشترط الخيار للآمر فباعه ولم يشترط الخيار لم يجز بل يتوقف.

ولو باع وشرط الخيار للآمر ليس له أن يجيز لأنه لو ملك الإجازة بنفسه لم يكن للتقييد فائدة.

هذا إذا كان التوكيل بالبيع مقيداً، فأما إذا كان مطلقاً فيراعى فيه الإطلاق[1] عند أبي حنيفة فيملك البيع بالقليل والكثير.

وعندهما: لا يملك البيع إلا بما يتغابن الناس في مثله، وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قولهما.

وجه قولهما: أن مطلق البيع ينصرف إلى البيع المتعارف، والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف إليه كالتوكيل بالشراء.

ولأبي حنيفة: أن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل والعرف متعارض، فإن البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضاً فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض مع أن البيع بغبن فاحش إن لم يكن متعارفاً فعلاً فهو متعارف ذكراً وتسمية، لأن كل واحد منهما يسمي بيعاً أو هو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب لغة وقد وجد ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف ذكراً وتسمية من غير اعتبار الفعل.

ألا ترى أن من حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم الآدمي أو لحم الخنزير يحنث وإن لم يكن أكله متعارفاً لكونه متعارفاً إطلاقاً وتسمية. كذا هذا.

وأما التوكيل بالشراء فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن جوازه ثبت على خلاف القياس لكونه أمراً بالتصرف في مال غيره وذكر الثمن فيه تبع.

---

(١) وتوضيح المسألة: أن الوكيل المطلق في البيع يراعى في تصرفه الإطلاق عند الإمام، خلافاً للصاحبين فإنه لا يجوز عندهم بيع الوكيل بنقصان فأحسن ولا يجوز أيضاً بيعه بالعرض وهو رواية عن الإمام كما أوضحه المؤلف حيث أن الحسن روى عن الإمام مثل قولهما لكن الأرجح والمعول عليه هو قول الإمام وعليه أصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية.

والبيع بالنسيئة إنما يجوز إذا لم يكن في لفظ الموكل ما يدل على البيع بالنقد، كأن يقول: «بعه واقض ديني أو بعه فإني أحتاج إلى نفقة عيالي، ففي هذه الصورة لا يجوز بيعه نسيئة بالاتفاق» وعليه الفتوى.

انظر «الهداية» (٧/ ٣٢٧) و «المحتار» للعلامة محمد أمين عابدين (٥/ ٥٢٢) و «اللباب» (٢/ ١٤٧).

ألا ترى أنه يصح بدون ذكر الثمن إلا أنه جوز باعتبار الحاجة إذ كل أحد لا يتهيأ له أن يشتري بنفسه فيحتاج إلى من يوكل به غيره والحاجة إلى التوكيل بالشراء بثمن جرى التعارف بشراء مثله بمثله فينصرف الأمر بمطلق الشراء إليه ألبتة الثاني المشتري متهم بهذا الاحتمال أنه يشتري لنفسه فلما تبين فيه الغبن أظهر الشراء للموكل، ومثل هذه التهمة في البيع منعدمة فهو الفرق.

وكذلك يملك البيع بغير الأثمان المطلقة عنده.

وعندهما: لا يملك، وهو قول الشافعي[1] رحمه الله ويملك البيع بالنقد والنسيئة عنده، وعندهما: لا يملك إلا بالنقد، والحجج من الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغبن فاحش.

ولو باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه فهو على وجهين: إما أن كان ذلك مما لا ضرر في تبعيضه كالمكيل والموزون بأن كان وكيلاً ببيع عبدين فباع أحدهما جاز بالإجماع.

وإن كان في تبعيضه ضرر بأن وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يجوز إلا بإجازة الموكل أو ببيع النصف الباقي، ولو كان وكيلاً بالشراء فاشترى نصفه لم يلزم الآمر إجماعاً إلا أنه يشتري الباقي ويجيزه الموكل.

وجه قولهما: الجمع بين الشراء والبيع بجامع وهو العرف والعادة ووجوب دفع الضرر الحاصل بالشركة في الأعيان، ولأبي حنيفة الفرق بين البيع والشراء على ما مر، ألا يرى أن عنده لو باع الكل بهذا القدر من الثمن يجوز فلأن يجوز بيع البعض به أولى لأنه نفع موكله حيث أمسك البعض على ملكه وبهذا فارق الشراء، لأن الوكيل بالشراء إذا اشترى النصف بثمن الكل لا يجوز والوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن وله أن يؤخره عنه وله أن يأخذ به عوضاً وله أن يصالح على شيء ويحتال به على إنسان، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يملك شيئاً من ذلك.

وجه قولهما: أن الوكيل بالإبراء وإخواته تصرف في ملك الموكل من غير إذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها أجنبي.

وجه قوله: أنه تصرف في حق نفسه بالإبراء، لأن قبض الثمن حقه فكان الإبراء عن الثمن إبراء عن قبضه تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان، ولو أسقط حق القبض لسقط الدين ضرورة لأنه لو بقي لبقي ديناً لا يحتمل القبض أصلاً، وهذا مما لا نظير له في أصول الشرع، ولأن ديناً لا يحتمل القبض والاستيفاء بوجه لا يفيد فيسقط ضرورة ويضمن الثمن للموكل، لأنه وإن تصرف في حق نفسه لكنه تعدى إلى ملك غيره بالإتلاف فيجب عليه الضمان.

وكذا إذا أخذ بالثمن عوضاً عن المشتري لأنه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح، ومتى ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما أخذه من العوض ويضمن لما ذكرنا، وكذا إذا صالحه على شيء لأن الصلح مبادلة، وكذا إذا أحاله المشتري بالثمن على إنسان وقبل الوكيل الحوالة، لأنه بقبول الحوالة تصرف في حق

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (١١١) و «المهذب» (١/ ٣٦١) و «الوجيز» (١/ ١٩١).

نفسه بالإبراء عنه، لأن الحوالة مبرئة وذلك يوجب سقوط الدين عن المحيل فيه لما ذكرنا ويضمن لما قلنا.

وكذلك تأخير الدين من الوكيل تأخير حق المطالبة والقبض وأنه صادف حق نفسه فيصح لكنه تعدى إلى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع أن يوكل غيره لأن مبنى الوكالة على الخصوص، لأن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده ولا يثبت العموم إلا بلفظ يدل عليه، وهو قوله: اعمل فيه برأيك وغير ذلك مما يدل على العموم، فإن وكل غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الأول جاز، وإن باع بغير حضرته لا يجوز إلا أن يجيزه الأول والموكل.

وكذا إذا باعه فضولي بلغ الوكيل أو الموكل فأجاز، يجوز هذا عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: لا يجوز بيع الوكيل الثاني، سواء كان بحضرة الوكيل الأول أو لم يكن بحضرته.

وقال ابن أبي ليلى: يجوز كيف ما كان، والصحيح: قول أصحابنا الثلاثة، لأن عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل، بل المقصود رأيه، فإذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفذ، وإذا باعه لا بحضرته أو باع فضولي فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ ولكنه ينعقد موقوفاً على إجازة الوكيل أو الموكل لصدور التصرف من أهله في محله، وليس للوكيل بالبيع أن يبيع من نفسه لأن الحقوق تتعلق بالعاقد فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً، مطالباً ومطالباً وهذا محال.

وكذا لا يبيع من نفسه وإن أمره الموكل بذلك لما قلنا، ولأنه متهم في ذلك وليس له أن يبيع من أبيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته عند أبي حنيفة. وعندهما: يجوز ذلك بمثل القيمة، وأجمعوا على أنه لا يجوز أن يبيع من عبده ومكاتبه.

وجه قولهما: أن البيع من هؤلاء ومن الأجنبي سواء، لأن كل واحد منهما يملكه أجنبي من صاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه.

ولأبي حنيفة: أن البيع من هؤلاء بيع من نفسه من حيث المعنى لاتصال منفعة ملك كل واحد منهما بصاحبه، ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من هؤلاء بخلاف الأجنبي، ولهذا لا يملك البيع من عبده ومكاتبه، لأن البيع من عبده بيع من نفسه لأنه لا ملك له، وكذا «**المكاتَبُ لأنَّه عبدٌ ما بَقِي عليه درهم**»[1] على لسان رسول الله ﷺ، كذا هذا.

يحققه أن اتصال منافع الأملاك بينهما تورث التهمة، لهذا لم تقبل شهادة أحدهما لصاحبه، بخلاف الأجنبي.

ولو عمم التوكيل فقال: اصنع ما شئت أو بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز بيعه بالاتفاق. ولا يجوز أن يبيع من نفسه أو من ولده الصغير أو من عبده إذا لم يكن عليه دين بحال الوكيل بالبيع مطلقاً يملك البيع الصحيح والفاسد، لأن اسم البيع يقع على كل واحد من النوعين، إذ هو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وقد وجد، بخلاف الوكيل بالنكاح مطلقاً أنه لا يملك النكاح الفاسد، لأن المقصود من النكاح

(١) تقدم تخريجه.

الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل، والمقصود من البيع الملك وأنه يثبت بالبيع الفاسد.

وأما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يملك.

وقال محمد: لا يملك، وبه أخذ الشافعي[١] رحمه الله وجه قول محمد أن البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل بأحدهما توكيلاً بالآخر، فإذا باع بيعاً صحيحاً صار مخالفاً.

ولهما: أن هذا ليس بخلاف حقيقة لأن البيع الصحيح خير وكل موكل بشيء موكل بما هو خير منه دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصاً فكان آتياً بما وكل به فلا يكون مخالفاً.

وأما الوكيل بالشراء فالتوكيل بالشراء لا يخلو إما أن كان مطلقاً أو مقيداً فإن كان مقيداً يراعي فيه القيد إجماعاً لما ذكرنا، سواء كان القيد راجعاً إلى المشتري أو إلى الثمن، حتى إنه إذا خالف يلزم الشراء، إلا إذا كان خلافاً إلى خير فيلزم الموكل.

مثال الأول: إذا قال اشتر لي جارية أطؤها أو أستخدمها أو أتخذها أم ولد فاشترى جارية مجوسية أو أخته من الرضاع أو مرتدة أو ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الموكل.

وكذلك إذا قال: اشتر لي جارية تخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء، لأن الأصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه إلا قيداً لا يفيد اعتباره، واعتبار هذا النوع من القيد مفيد. وكذلك إذا قال اشتر لي جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا.

ومثال الثاني: إذا قال له اشتر لي جارية بألف درهم فاشترى جارية بأكثر من الألف تلزم الوكيل دون الموكل لأنه خالف أمر الموكل فيصير مشترياً لنفسه ولو قال اشتر لي جارية بألف درهم أو بمائة دينار، فاشترى جارية بما سوى الدراهم والدنانير لا تلزم الموكل إجماعاً، لأن الجنس مختلف فيكون مخالفاً. ولو قال: اشتر لي هذه الجارية بمائة دينار فاشتراها بألف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي أن المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يلزم الموكل، لأن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد بأحدهما مفيداً وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزم الموكل كأنه اعتبرهما جنساً واحداً في الوكالة، كما اعتبرا جنساً واحداً في الشفعة، وهو أن الشفيع إذا أخبر أن الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة، ثم ظهر أنها بيعت بدراهم وقيمتها مثل الدنانير صح التسليم، كذا ههنا، فإن اشترى جارية بألف درهم فإن كان مثلها يشتري بألف أو بأكثر من ألف أو بأقل من ألف مقدار ما يتغابن الناس فيه لزم الموكل، وإن كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الوكيل، لأن شراء الوكيل المعروف معروف.

وإن اشترى جارية بثمانمائة درهم ومثلها يشترى بألف لزم الموكل، لأن الخلاف إلى خير لا يكون خلافاً معنى، وكذا إذا وكله بأن يشتري له جارية بألف نسيئة فاشترى جارية بألف حالة لزم الوكيل لأنه خالف قيد الموكل، ولو أمره أن يشتري بألف حالة فاشترى بألف نسيئة لزم الموكل، لأنه وإن خالف صورة فقد

---

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (١١١).

وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة، ولو وكله أن يشتري ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل. والأصل أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشترياً لنفسه والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم أن الوكيل بالشراء متهم لأنه يملك الشراء لنفسه فأمكن تنفيذه عليه، حتى أنه لو كان صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً لا ينفذ عليه بل يتوقف على إجازة الموكل، لأنهما لا يملكان الشراء لأنفسهما فلا يمكن التنفيذ عليهما فتوقف، وكذا إذا كان الوكيل مرتداً أو كان وكيلاً بشراء عبد بعينه فاشترى نصفه لعدم إمكان التنفيذ عليه فاحتمل التوقف، ومعنى التهمة لا يتعذر من الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف على الإجازة.

ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين من أعيان مال الموكل توقف على الإجازة لأنه لما اشتراه بعين من أعيان ماله فقد باع العين والبيع يقف على إجازة الموكل هذا إذا كان التوكيل بالشراء مقيداً، فأما إذا كان مطلقاً فإنه يراعى فيه الإطلاق ما أمكن، إلا إذا قام دليل التقييد من عرف أو غيره فيتقيد به. وعلى هذا إذا وكل رجلاً بشراء جارية وسمى نوعها وثمنها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة اليد والرجل من خلاف أو عوراء لزم الموكل، وكذا إذا اشترى جارية مقطوعة اليدين أو الرجلين أو عمياء عند أبي حنيفة، وعندهما يلزم الوكيل.

وجه قولهما أن الجارية تشترى للاستخدام عرفاً وعادة وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف ولهذا قلنا لا يجوز تحريرها عن الكفارة وإن كان نص التحرير مطلقاً عن شرط السلامة لثبوتها دلالة، كذا هذا.

وجه قول أبي حنيفة: أن اسم الجارية بإطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الأطراف فلا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل وقد وجد.

وأما في باب الكفارة فلأن الأمر تعلق بتحرير رقبة، والرقبة اسم لذات مركب من هذه الأجزاء، فإذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات فلا يتناوله مطلق اسم الرقبة، فأما اسم الجارية فلا يدل على هذه الذات باعتبار الأجزاء فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية، بخلاف اسم الرقبة، حتى أن التوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما يجوز في الكفارة، كذا قالوا.

ولو وكله أن يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم ثمناً فاشترى الوكيل جارية إن اشترى بمثل القيمة أو بأقل من القيمة أو بزيادة يتغابن في مثلها جاز على الموكل، وإن اشترى بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها يلزم الوكيل، لأن الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو منعت النفاذ على الموكل لضاق الأمر على الوكلاء ولامتنعوا عن قبول الوكالات وبالناس حاجة إليها فمست الحاجة إلى تحملها ولا ضرورة في الكثير لإمكان التحرز عنه، والفاصل بين القليل والكثير إن كانت زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل تحت تقويمهم فهي كثيرة، لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يتحقق كونه زيادة، وما لا يدخل كانت زيادته متحققة، وقدّر محمد الزيادة القليلة التي يتغابن في مثلها في «الجامع» بنصف العشر،

فقال: إن كانت نصف العشر أو أقل فهي مما يتغابن في مثلها، وإن كانت أكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثلها.

وقال الجصاص: ما ذكره محمد لم يخرج مخرج التقدير في الأشياء كلها، لأن ذلك يختلف باختلاف السلع، منها ما يعد أقل من ذلك غبناً فيه.

ومنها: ما لا يعد أكثر من ذلك غبناً فيه.

وقدر نصر بن يحيى[1] القليل [بالده ينم] وفي الحيوان [بالده يازده] وفي العقار [بالده دوازده] والله تعالى أعلم.

الوكيل بشراء عبد بعينه إذا اشترى نصفه فالشراء موقوف، إن اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة لأنه امتثل أمر الوكيل، وعند زفر يلزم الوكيل. ولو خاصم الموكل الوكيل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي وألزم القاضي الوكيل، ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل إجماعاً لأنه خالف، وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر، وفي تشقيصه عيب، كالعبد والأمة والدابة والثوب وما أشبه ذلك.

وهذا بخلاف ما إذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزء منه معلوماً أنه يجوز عند أبي حنيفة سواء باع الباقي منه أو لا، والفرق له على نحو ما ذكرنا في التوكيل بالبيع مطلقاً.

ولو أعتقه بعدما اشترى نصفه قبل أن يشتري الباقي.

قال أبو يوسف: إن أعتقه الموكل جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز، وقال محمد: على القلب من ذلك.

وجه قول محمد: أن الوكيل قد خالف فيما وكل به فلم يكن مشترياً للموكل فكيف ينفذ منه إعتاقه وهو في الظاهر مشتر لنفسه فينفذ إعتاقه.

ولأبي يوسف: أن إعتاق الموكل صادف عقداً موقوفاً نفاذه على إجازته فكان الإعتاق إجازة منه كما إذا صرح بالإجازة وإعتاق الوكيل لم يصادف عقداً موقوفاً على إجازته، لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يحتمل التوقف على إجازته فبطل.

وإن كان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزومه على شراء الباقي نحو إن وكله بشراء كر حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكر بخمسين.

وكذا لو وكله بشراء عبدين بألف درهم فاشترى أحدهما بخمسمائة لزم الموكل إجماعاً، وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحداً منها والله أعلم. الوكيل بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم إذا اشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع مثله عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند

---

(١) تقدمت ترجمته.

أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: يلزمه العشرون بدرهم، ولو اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحساناً.

وجه قول أبي يوسف: أن هذا خلاف صورة لا معنى لأنه خلاف إلى خير وذا لا يمنع النفاذ على الموكل كما إذا اشترى عشرة أرطال ونصف بدرهم أنه يلزم الموكل كذا هذا.

وجه قولهما: أن الوكيل يتصرف بحكم الأمر فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر وقد أمره بشراء عشرة أرطال فلا يلزمه الزيادة على ذلك بخلاف ما إذا اشترى عشرة أرطال ونصف رطل بدرهم لأن الزيادة القليلة لا تتحقق زيادة لدخولها بين الوزنين.

ولو وكله بشراء عبد بمائة فاشترى بها عبدين كل واحد منهما يساوي مائة روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم الموكل واحد منهما.

وقال أبو حنيفة: إذا وكل رجلاً بشراء عبدين بأعيانهما بألف درهم وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بستمائة درهم لا يلزم الموكل إلا أن يشتري الثاني ببقية الألف، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها يلزمه، وهذا لا يتحقق خلافاً والله عز وجل أعلم.

الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل، لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك إلا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله إلا بمحضر منه على ما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما الوكيل بشراء شيء بغير عينه إذا اشترى يكون مشترياً لنفسه إلا أن ينويه للموكل.

وجملة الكلام فيه أنه إذا قال: اشتريته لنفسي وصدقه الموكل فالمشترى له، وإذا قال الموكل: اشتريته لي وصدقه الوكيل فالمشترى للموكل، لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه كما يملك للموكل فاحتمل شراؤه لموكله فيحكم فيه التصديق فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما.

ولو اختلفا فقال الوكيل: اشتريته لنفسي، وقال الموكل: اشتريته لي يحكم فيه الثمن، فإن أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشترى له، وإن أداه من دراهم موكله فالمشترى لموكله، لأن الظاهر نقد الثمن من مال من يشتري له فكان الظاهر شاهداً للثمن فكان صادقاً في حكمه.

وأما إذا لم تحضره النية وقت الشراء واتفقا عليه يحكم فيه الثمن أيضاً، عند أبي يوسف.

وعند محمد: يكون الشراء للوكيل.

وجه قول محمد: أن الأصل أن يكون الإنسان متصرفاً لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهداً للوكيل فكان المشترى له.

وجه قول أبي يوسف: أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن وذلك في تحكيم الثمن على ما مر والله تعالى أعلم، الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه، لأن الحقوق في باب الشراء

ترجع إلى الوكيل فيؤدي إلى الإحالة وهو أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً مطالباً ومطالباً، ولأنه متهم في الشراء من نفسه.

ولو أمره الموكل بذلك لا يصح لما ذكرنا، وكذلك لو اشترى من ولده الصغير لأن ذلك شراء من نفسه، وكذلك لو اشترى من عبده الذي لا دين عليه أو مكاتبه.

وكذا الوكيل بالشراء لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل أو بزيادة يتغابن في مثلها.

وأجمعوا على أنه لا يملك الشراء من عبده الذي لا دين عليه ومكاتبه، وقد مرت المسألة بحججها من قبل، ولو كانت الوكالة عامة بأن قال له: اعمل ما شئت أو قال له: بع من هؤلاء أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز، لأن المانع من الجواز التهمة وقد زالت بالأمر والإجازة.

ولو دفع إليه دراهم ووكله أن يشتري له بها طعاماً فهو على الحنطة والدقيق لا على الفاكهة واللحم والخبز، لأن الطعام في الحقيقة وإن كان اسماً لما يطعم لكنه ينصرف إلى الحنطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف، ولهذا سمي السوق الذي تباع فيه الحنطة والدقيق سوق الطعام دون غيره إلا إذا كان المدفوع إليه قليلاً كالدراهم ونحوه أو كان هناك وليمة فينصرف إلى الخبز وقيل يحكم الثمن إن كان قليلاً ينصرف إلى الخبز، وإن كان كثيراً ينصرف إليهما.

ولو قال: اشتر لي بدرهم لحماً ينصرف إلى اللحم الذي يباع في السوق ويشتري الناس منه في الأغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والإبل إن جرت العادة بشرائه ولا ينصرف إلى المشوي والمطبوخ إلا إذا كان مسافراً ونزل خاناً ودفع إلى إنسان درهماً ليشتري به لحماً ولا إلى لحم الطير والوحش والسمك ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير مسلوخة لانعدام جريان العادة باشترائه، وإن اشترى مسلوخاً جاز على الموكل، لأن المسلوخ يباع في الأسواق في العادة ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع لأنها ليست بلحم ولا يشترى مقصوداً أيضاً بل تبعاً للحم فلا ينصرف مطلق التوكيل إليه، بخلاف ما إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل هذه الأشياء أنه يحنث، لأن مبنى الأيمان على العرف ذكراً وتسمية، ومبنى الوكالة على العرف عادة وفعلاً، ألا ترى أن حكم الحنث يلزم بأكل القديد. ولو اشترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام العادة ببيع القديد في الأسواق في الغالب، ولا إلى شحم البطن والألية لأنهما ليسا بلحم.

ولو وكله بشراء إلية لا يملك أن يشتري لحماً لأنهما مختلفان اسماً ومقصوداً ولو وكله أن يشتري سمكاً بدرهم فهو على الطري الكبار دون المالح والصغار لأن العادة بشراء الطري الكبار منه دون المالح ودون الصغار. ولو وكله بشراء الرأس فهو على النيء دون المطبوخ والمشوي وهو على رأس الغنم دون البقر والإبل إلا في موضع جرت العادة بذلك.

والمذكور من الخلاف في الجامع الصغير يرجع إلى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون رأس العصفور والسمك والجراد لانعدام العادة. ولو وكله بشراء دهن فله أن يشتري أي دهن شاء، وكذا إذا وكله بشراء فاكهة له أن يشتري أي فاكهة تباع في السوق عادة. ولو وكله بشراء البيض فهو على بيض الدجاج. وإن

كانت اليمين المنعقدة عليه تقع على بيض الطيور كلها لما ذكرنا.

ولو وكله أن يشتري لبناً فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم والبقر والإبل. وكذا إذا وكله بشراء السمن، فإن استويا فهو عليهما جميعاً، بخلاف ما إذا حلف لا يذوق لبناً إن ذلك يقع على لبن الغنم والبقر والإبل لما ذكرنا من العرف والله تعالى أعلم.

الوكيل بشراء الكبش لا يملك شراء النعجة حتى لو اشترى لا يلزم الموكل لأن الكبش اسم للذكر والنعجة اسم للأنثى، وكذا لو وكله بشراء عناق فاشترى جدياً، أو شراء فرس أو برذون فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل، والبقر يقع على الذكر والأنثى، وكذا البقرة في رواية الجامع، قال الله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا بَقَرَةً**﴾[1] قيل إنها كانت ذكراً، وقال سبحانه وتعالى: ﴿**لاَّ ذَلُولٌ تُثِيرُ الارضَ**﴾[2]. وإثارة الأرض عمل الثيران.

وذكر القدوري رحمه الله: أنها تقع على الأنثى، والصحيح رواية «**الجامع**» لما ذكرنا، والدجاج يقع على الذكر والأنثى والدجاجة على الأنثى، والبعير على الذكر والناقة على الأنثى، والبختي: ضرب خاص من الإبل، والنجيبة: ضرب معروف بسرعة السير، وهي كالحمارة في عرف بلادنا، ولا يقع اسم البقر على الجاموس وإن كان من جنس البقر حتى يتم به نصاب الزكاة لبعده عن أوهامهم لقلته فيهم والله تعالى أعلم.

الوكيل بالشراء إذا أمر غيره فاشترى، أن فعله بحضرة الأول أو بإجازته أو بإجازة الموكل جاز على الموكل وإلا فلا، إلا إذا كانت الوكالة عامة على ما مر والله عز وجل أعلم.

فصل: الوكيلان هل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به؟ أما الوكيلان بالبيع فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه أو الموكل، لأن البيع مما يحتاج فيه إلى الرأي، والموكل إنما رضي برأيهما لا برأي أحدهما، واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمتثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه وكذا الوكيلان بالشراء، سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن، وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أو حاضراً لما ذكرنا في البيع، إلا أن في الشراء إذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الإجازة، وفي البيع يقف على الإجازة، وقد مر الفرق. وكذلك الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعتق على مال والخلع والكتابة، وكل عقد فيه بدل هو مال، لأن كل ذلك مما يحتاج إلى الرأي ولم يرض برأي أحدهما بانفراده، وكذا ما خرج مخرج التمليك بأن قال لرجلين جعلت أمر امرأتي بيدكما، أو قال لهما طلقا امرأتي إن شئتما لا ينفرد أحدهما بالتطليق لأنه جعل أمر اليد تمليكاً، ألا ترى أنه يقف على المجلس والتمليكات هي التي تختص بالمجلس، والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشيئة، كأنه قال طلقا امرأتي إن شئتما، وهناك لا يملك أحدهما التطليق دون صاحبه لأن المعلق بشرطين لا ينزل إلا عند وجودهما، فكذا هذا.

وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما أن يقبض دون صاحبه، لأن قبض الدين مما يحتاج إلى

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٦٧).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٧١).

الرأي والأمانة، وقد فوض الرأي إليهما جميعاً لا إلى أحدهما ورضي بأمانتهما جميعاً لا بأمانة أحدهما، فإن قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه إلى صاحبه فيقع في أيديهما جميعاً أو يصل إلى الموكل لأنه لما وصل المقبوض إلى صاحبه أو إلى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض فصار كأنهما قبضاه جميعاً ابتداء.

وأما الوكيلان بالطلاق على غير مال والعتق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به، لأن هذه التصرفات مما لا تحتاج إلى الرأي فكان إضافة الوكيل إليهما تفويضاً للتصرف إلى كل واحد منهما بانفراده.

وأما الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما يتصرف بانفرداه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا ينفرد.

وجه قوله: أن الخصومة مما يحتاج إلى الرأي ولم يرض برأي أحدهما فلا يملكها أحدهما دون صاحبه.

وجه قول أصحابنا الثلاثة: أن الغرض من الخصومة إعلام القاضي بما يملكه المخاصم واستماعه، واجتماع الوكيلين على ذلك يخل بالإعلام والاستماع، لأن ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان إضافة التوكيل إليهما تفويضاً للخصومة إلى كل واحد منهما فأيهما خاصم كان تمثيلاً، إلا أنه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه.

وإن كان الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا، لأن اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض أحدهما بانفراده.

وأما المضاربان فلا يملك أحدهما التصرف بدون إذن صاحبه إجماعاً وفي الوصيين خلاف بين أصحابنا نذكره في كتاب الوصية والله تعالى أعلم.

الوكيل هل يملك الحقوق، جملة الكلام فيه أن الموكل به نوعان: نوع لا حقوق له إلا ما أمر به الموكل كالوكيل بتقاضي الدين والتوكيل بالملازمة ونحوه، ونوع له حقوق كالبيع والشراء والنكاح والخلع ونحوه.

أما التوكيل بالبيع والشراء فحقوقها ترجع إلى الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم في العيب وقت الاستحقاق.

والأصل أن كل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفي فيه بالإضافة إلى نفسه فحقوقه راجعة إلى العاقد كالمبيعات والأشربة والإجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك والمالك كالأجنبي حتى لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل بالثمن.

ولو طالبه فأبى لا يجبر على تسليم الثمن إليه، ولو أمره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم إليه، ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه.

ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه غير أن المشتري إذا نقد الثمن إلى الموكل يبرأ

عن الثمن استحساناً، وكذ الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشتري الثمن ولا يطالب به الموكل.

وإذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل إن كان نقد الثمن إليه، وإن كان نقده إلى الموكل يرجع بالثمن عليه، وكذا إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً له أن يخاصم الوكيل.

وإذا أثبت العيب عليه ورده عليه بقضاء القاضي أخذ الثمن من الوكيل إن كان نقده الثمن، وإن كان نقده إلى الموكل أخذه منه، وكذا الوكيل بالشراء هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل، وإذا استحق المبيع في يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بائعه دون الموكل.

ولو وجد بالمبيع عيباً إن كان المبيع في يده ولم يسلمه إلى الموكل بعد فله أن يرده على بائعه بالعيب، وإن كان قد سلمه إلى موكله ليس له أن يرده عليه إلا برضا موكله.

وكذلك هذا في الإجارة والاستئجار وأخواتهما، وكل عقد يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل فحقوقه ترجع إلى الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعتاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والصلح عن إنكار المدعى عليه ونحوه فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه، والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً حتى أن وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر وإنما يطالب به الزوج إلا إذا ضمن المهر فيحنئذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر.

وكذا الوكيل بالكتابة والخلع لا يملك قبض بدل الكتابة والخلع إن كان وكيل الزوج، وإن كان وكيل المرأة لا يطالب ببدل الخلع إلا بالضمان، وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد، وهذا الذي ذكرنا أن حقوق العقد في البيع والشراء وأخواتهما ترجع إلى الوكيل مذهب علمائنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع شيء من الحقوق إلى الوكيل وإنما يرجع إلى الموكل.

وجه قوله: أن الوكيل متصرف بطريق النيابة عن الموكل وتصرف النائب تصرف المنوب عنه، ألا ترى أن حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه، لأن الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع، فإن كان الأصل له فكذا التابع.

ولنا: أن الوكيل هو العاقد حقيقة فكانت حقوق العقد راجعة إليه كما إذا تولى الموكل بنفسه، ولا شك أن الوكيل هو العاقد حقيقة، لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة ويستحيل أن يكون الإنسان فاعلاً بفعل الغير حقيقة وهذه حقيقة مقررة بالشريعة، قال الله عز وجل: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلا مَا سَعَى﴾[1] وقال الله عز شأنه: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيها مَا اكْتَسَبَتْ﴾[2] وكان ينبغي أن يكون أصل الحكم له أيضاً، لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعاً إلا أن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل، لأن الوكيل إنما فعله له بأمره وإنابته وفعل المأمور مضاف إلى الآمر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الإمكان فعملنا بشبه الأمر والإنابة بإيجاب أصل الحكم للموكل ونسبة الحقيقة المقررة بالشريعة بإثبات توابع الحكم للوكيل توفيراً على الشبهين حظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس، وهو إثبات أصل الحكم للوكيل وإثبات التوابع للموكل، لأن الأصل

---

(١) سورة النجم، الآية: (٣٩).

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٨٦).

في نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية لأنها علة نفاذه إذ لا ملك له والموكل أصل في الولاية والوكيل تابع له، لأنه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادة من قبل الموكل فكان إثبات أصل الحكم للموكل، وإثبات التوابع للوكيل وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة، وعكسه وضع الشيء في غير موضعه وهو حد السفه، بخلاف النكاح وأخواته، لأن الوكيل هناك ليس بنائب عن الموكل بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول.

ألا ترى أنه لا يضيف العقد إلى نفسه بل إلى موكله فانعدمت النيابة فبقي سفيراً محضاً فاعتبر العقد موجوداً من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق إليه ثم نقول: إنما تلزمه العهدة وترجع الحقوق إليه إذا كان من أهل العهدة.

فأما إذا لم يكن بأن كان صبياً محجوراً ينفذ بيعه وشراؤه وتكون العهدة على الموكل لا عليه، لأن ذلك من باب التبرع والصبي ليس من أهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فيقع محضاً لحصول التجربة والممارسة له في التصرفات ولا خيار للمشتري من الوكيل المحجور سواء علم أنه محجور أو لم يعلم في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه إن كان عالماً فلا خيار له، فأما إذا كان جاهلاً فله الخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء أمضاه.

وجه قوله: أن الرضا شرط جواز التجارة وقد اختل الرضا لأنه لما أقدم على العقد على أن تكون العهدة على العاقد، فإذا تبين أنها ليست عليه اختل رضاه فثبت له الخيار كما إذا ظهر به عيب.

وجه ظاهر الرواية: أن الجهل بالحجر ليس بعذر لأنه يمكنه الوصول إليه خصوصاً في حق الصبي، لأن الأصل فيه هو الحجر والإذن بعارض الرشد فكان سبب الوصول إلى العلم قائماً فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالماً، ولو علم بالحجر حقيقة لما ثبت له الخيار كذا هذا والله تعالى أعلم.

الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والقرض إذا فعل ما أمر به، وقبض لا يملك المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه، لأن الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك للمولى فكان حقوق العقد راجعة إليه وكان الوكيل سفيراً عنه بمنزلة الرسول، بخلاف الوكيل بالبيع وأخوانه، لأن الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعاً على ما قررنا فكانت الحقوق عائدة إليه.

وكذا في التوكيل بالاستعارة والارتهان والاستيهاب الحكم والحقوق ترجع إلى الموكل، وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا: وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق، لأنه أصل في الحقوق والمالك أجنبي عنها فملك توكيل غيره فيها.

ومنها: أن المقبوض في يد الوكيل بجهة التوكيل بالبيع والشراء وقبض الدين والعين وقضاء الدين أمانة بمنزلة الوديعة، لأن يده نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن في الودائع ويبرأ بما يبرأ فيها ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه.

ولو دفع إليه مالاً وقال: اقضه فلاناً عن ديني، فقال الوكيل: قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلي وكذبه صاحب الدين فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان، والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفعه الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه وتجب اليمين على أحدهما لا عليهما، لأنه لا بد للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر فيحلف المكذب منهما دون المصدق، فإن صدق الوكيل في الدفع يحلف الطالب بالله عز وجل ما قبضه، فإن حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه، وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل.

وإن صدق الطالب أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى لقد دفعه إليه، فإن حلف بريء وإن نكل لزمه ما دفع إليه.

وكذلك لو أودع ماله رجلاً وأمره أن يدفع الوديعة إلى فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على التفصيل الذي ذكرنا، ولو دفع المودع الوديعة إلى رجل وادعى أنه قد دفعها إليه بأمر صاحب الوديعة وأنكر صاحب الوديعة الأمر فالقول قوله مع يمينه أنه لم يأمره بذلك، لأن المودع يدعي عليه الأمر وهو ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه.

ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب أو الدين على الغريم فأمر الطالب أو المغصوب منه أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه وقال فلان ما قبضت فالقول قول فلان أنه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع إلا ببينة أو بتصديق الموكل، لأن الضمان قد وجب عليه وهو يدعي الدفع إلى فلان يريد إبراء نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق إلا ببينة أو بتصديق الموكل، فإن صدقه الموكل يبرأ أيضاً، لأنه إذا صدقه فقد أبرأه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله أنه لم يقبضه مع يمينه؛ لأن قولهما حجة في حق أنفسهما لا في إبطال حق الغير مع يمين الطالب لأنه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه.

ولو كذبه الموكل في الدفع وطلب الوكيل يمينه فإنه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم أنه دفع فإن حلف أخذ منه الضمان.

وإن نكل سقط الضمان عنه، ولو أن الوكيل المدفوع إليه المال قضى الدين من مال نفسه وأمسك ما دفع إليه الموكل جاز، لأنه لو لم يدفع إليه الدراهم أصلاً وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل، لأن الوكيل بقضاء الدين في الحقيقة وكيل بشراء الدين من الطالب، والوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه جاز فهذا أولى، ولو لم يدفع إليه شيئاً ولكنه أمره بقضاء دينه. فقال الوكيل قضيته وكذبه الطالب والموكل فأقام الوكيل البينة أنه قد قضى صاحب الدين قبلت بينته وبرىء الموكل من الدين ويرجع الوكيل على الموكل بما قضى عنه، لأن الثابت بالبينة كالثابت حساً ومشاهدة.

وقد ثبت قضاء الدين بالبينة فله أن يرجع، ولو لم تكن له بينة وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين، لأن الوكيل بدعوى القبض يريد إيجاب الضمان على الطالب لأنه يريد إسقاط الدين عن الموكل

وذلك بطريق المقاصاة وهو أن يصير المقبوض مضموناً على القابض الطالب ديناً عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصاً والطالب منكر.

وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين، أو يقال إن الوكيل بقوله قضيت يدعي على الطالب بيع دينه من الغريم، وعلى المشتري الشراء منه وهما منكران فكان القول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على العلم لأنه يحلف على فعل غيره وهو قبض الطالب.

وإن صدقه الموكل في القضاء وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى ويغرم ألفاً أخرى للطالب، لأن الموكل صدقه في دعوى القضاء عنه بأمره وهو مصدق على نفسه في تصديقه فثبت القضاء في حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدوري رحمه الله.

وذكر في «**الجامع**» أن الوكيل لا يرجع على الموكل، وإن صدقه الموكل، لأن حق الرجوع يعتمد وجود القضاء ولم يوجد، لأن الطالب منكر إلا أنا نقول إنكار الطالب يمنع وجود القضاء في حقه لأنه منكر ما لا يمنع وجوده في حق الموكل لأنه مقر وإقرار كل مقر حجة في حقه فكان الأول أشبه.

ولو دفع إلى إنسان مالاً ليقضي دينه فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل، فإن كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل، وإن علم بأن الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لأن الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل، إلا أن عزل الوكيل لا يصح إلا بعد علمه به، فإذا علم بفعل الموكل فقد علم بالعزل فصار متعدياً في الدفع فيلزمه الضمان وإذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدي فلا ضمان عليه، وليس هذا كالوكيل يدفع الزكاة إذا أدى الموكل بنفسه ثم أدى الوكيل أنه يضمن الوكيل علم بأداء الموكل أو لم يعلم عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن الوكيل بأداء الزكاة مأمور بأداء الزكاة، وأداء الزكاة هو إسقاط الفرض بتمليك المال من الفقير، ولم يوجد ذلك من الوكيل لحصوله من الموكل، فبقي الدفع من الوكيل تعدياً محضاً فكان مضموناً عليه.

فأما قضاء الدين فعبارة عن أداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا، والمدفوع إلى الطالب مقبوض عنه، والمقبوض بجهة الضمان مضمون، كالمقبوض على سوم الشراء لكونه مقبوضاً بجهة القضاء، والمقبوض بجهة القضاء مضمون على القابض، ويقال إن قضاء الدين عبارة عن نوع معاوضة، وهو نوع شراء الدين بالمال، والمقبوض من الوكيل مقبوض بجهة الشراء مضمون على المشتري بخلاف ما إذا دفعه على علمه بدفع الموكل، لأن هناك لم يوجد القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضاء، فبقي تعدياً فيجب عليه ضمان التعدي، والقول قول الوكيل في أنه لم يعلم بدفع الموكل، لأن القول قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه لكن مع اليمين.

وعلى هذا إذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه، وإذا كان عالماً بموته ضمن لما قلنا والله عز وجل أعلم.

الوكيل ببيع العبد إذا قال بعت وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين، إما أن كان الموكل سلم العبد إلى الوكيل أو كان لم يسلم إليه، فإن لم يكن سلم العبد إليه فقال الوكيل: بعته من هذا الرجل وقبضت منه

الثمن وهلك الثمن في يدي، أو قال دفعته إلى الموكل فهذا لا يخلو إما أن صدقه في ذلك أو كذبه، فإن كذبه بالبيع أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن أو صدقه فيهما وكذبه في الهلاك، فإن صدقه في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شيء على الوكيل لأنه يهلك أمانة في يده، وإن كذبه في ذلك كله بأن كذبه بالبيع، أو صدقه بالبيع وكذبه في قبض الثمن، فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في قبض الثمن في حق الموكل، لأن إقرار الوكيل في حق نفسه جائز عليه والمشتري بالخيار إن شاء نقد الثمن ثانياً إلى الموكل وأخذ منه المبيع وإن شاء فسخ البيع وله أن يرجع في الحالين جميعاً على الوكيل بما نقده، كذا لو أقر الوكيل بالبيع وزعم أن الموكل قبض من المشتري الثمن وأنكر الموكل ذلك فإن الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في إقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا، ويجبر المشتري على ما ذكرنا إلا أن هناك لا يرجع على الوكيل بشيء لأنه لم يوجد منه الإقرار بقبض الثمن وإن صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك أو الدفع إليه فالقول قول الوكيل في دعوى الهلاك أو الدفع إليه مع يمينه لأنه أمين ويجبر الموكل على تسليم العبد إلى المشتري، لأنه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه إياه، ولا يؤمر المشتري بنقد الثمن ثانياً إلى الموكل لأنه ثبت وصول الثمن إلى يد وكيله بتصديقه ووصول الثمن إلى يد وكيله كوصوله إلى يده.

هذا إذا لم يكن العبد مسلماً إلى الوكيل، فأما إذا كان مسلماً إليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي، أو قال دفعته إلى الموكل أو قال قبض الموكل الثمن من المشتري فإن الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد إلى المشتري ويبرأ المشتري من الثمن ولا يمين عليه.

أما إذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشكل، وكذا إذا كذبه في البيع أو صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن، لأن الوكيل أقر ببراءة المشتري عن الثمن فلا يحلف ويحلف الوكيل، فإن حلف على ما يدعيه برىء من الثمن وإن نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن للموكل، فإن استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل إذا أقر بقبض الثمن منه، والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري، لأن الموكل لم يصدقه على قبض الثمن فإقرار الوكيل في حقه جائز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل، وله أن يحلف الموكل على العلم بقبض الوكيل فإن نكل رجع عليه بما ضمن.

ولو أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لكنه كذبه في الهلاك أو الدفع إليه فإن الوكيل يرجع بما ضمن عليه لأن يد وكيله كيده، ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر أن الموكل قبضه من المشتري لا يرجع المشتري على الوكيل لأنه لم يقبض منه الثمن، ولا يرجع على الموكل أيضاً لأن إقرارهما على الموكل لا يجوز، ولو لم يستحق المبيع ولكنه وجد به عيباً كان له أن يخاصم الوكيل، فإذا رد عليه بقضاء القاضي رجع عليه بالثمن إن أقر بقبض الثمن منه وللوكيل أن يرجع على الموكل بما ضمن إذا أقر الموكل بقبض الوكيل الثمن ويكون المبيع للموكل، وإن لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله أن يحلف الموكل على العلم بقبضه، فإن نكل رجع عليه، وإن حلف لا يرجع ولكنه يبيع العبد فيستوفي ما ضمن من ثمن العبد، فإن كان فيه فضل رده على الموكل، وإن كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان على أحد.

ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه أقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري بالثمن على

الوكيل لأنه لم يدفعه إليه ولا يرجع على الموكل أيضاً لأنهما لا يصدقان عليه بالقبض وعلى الموكل اليمين على البتات، فإن نكل رجع عليه والمبيع له، وإن حلف لا يرجع عليه بشيء ولكن المبيع يباع عليه، وذكر الطحاوي في الفصل الأول أن الوكيل يبيعه في قولهما، وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يبيعه، وجعل هذا كبيع مال المديون المفلس، ولكن الوكيل لو باعه يجوز بيعه، لأنه لما رد عليه فسخاً عادت الوكالة، فإذا بيع العبد يستوفي المشتري الثمن منه إن أقر الوكيل بقبض الموكل ولم يقر بقبض نفسه، وإن أقر بقبض الثمن وضمن المشتري يأخذ من الثمن مقدار ما غرم، فإن كان فيه فضل رده على الموكل، وإن كان فيه نقصان لا يرجع على أحد.

ومنها: الوكيل بقضاء الدين إذا لم يدفع الموكل إليه مالاً ليقضي دينه منه فقضاه من مال نفسه يرجع بما قضى على الموكل لأن الآمر بقضاء الدين من مال غيره استقراض منه والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه.

وكذلك الوكيل بالشراء من غير دفع الثمن إلى الوكيل توكيل بقضاء الدين وهو الثمن، والوكيل بقضاء الدين إذا قضى من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا الوكيل بالشراء، وله أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس له حبسه.

وجه قوله: أن المبيع أمانة في يد الوكيل. ألا ترى أنه لو هلك في يده فالهلاك على الموكل حتى لا يسقط الثمن عنه وليس للأمين حبس الأمانة بعد طلب أهلها قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[1] فصار كالوديعة.

ولنا: أنه عاقد وجب الثمن له على من وقع له حكم البيع ضماناً للمبيع، فكان له حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كالبائع من المشتري.

وإذا طلب منه الموكل فحبسه حتى هلك كان مضموناً عليه بلا خلاف بين أصحابنا، لكنهم اختلفوا في كيفية الضمان.

قال أبو حنيفة ومحمد: يكون مضموناً ضمان البيع.
وقال أبو يوسف: يكون مضموناً ضمان الرهن.
وقال زفر: يكون مضموناً ضمان الغصب.

وجه قول زفر: ما ذكرنا أن المبيع أمانة في يده، والأمين لا يملك حبس الأمانة عن صاحبها، فإذا حبسها فقد صار غاصباً والمغصوب مضمون بقدره من المثل أو بالقيمة بالغاً ما بلغ.

وجه قول أبي يوسف: أن هذه عين محبوسة بدين يسقط بهلاكها فكانت مضمونة بالأقل من قيمتها ومن الدين كالرهن.

وجه قولهما: أن هذه عين محبوسة بدين هو ثمن فكانت مضمونة ضمان البيع كالمبيع في يد البائع،

---

(١) سورة النساء، الآية: (٥٨).

وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع في يد المشتري فإنه يرجع بالثمن على الوكيل فيأخذ عينه إن كان قائماً، ومثله أو قيمته إن كان هالكاً، والله أعلم.

فصل: وأما بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة فنقول وبالله التوفيق: الوكيل يخرج عن الوكالة بأشياء، منها عزل الموكل إياه ونهيه، لأن الوكالة عقد غير لازم فكان محتملاً للفسخ بالعزل والنهي ولصحة العزل شرطان:

أحدهما: علم الوكيل به، لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ، فإذا عزله وهو حاضر انعزل، وكذا لو كان غائباً فكتب إليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل، لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر.

وكذلك لو أرسل إليه رسولاً فبلغ الرسالة، وقال: إن فلاناً أرسلني إليك، ويقول إني عزلتك عن الوكالة فإنه ينعزل كائناً ما كان الرسول عدلاً كان أو غير عدل حراً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا، لأن الرسول قائم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أي صفة كان، وإن لم يكتب كتاباً ولا أرسل رسولاً ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين أو رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعاً سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر، لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات، فإن لم يكن عدلاً فخبر العدلين أو العدل أولى وإن أخبره واحد غير عدل، فإن صدقه ينعزل بالإجماع، وإن كذبه لا ينعزل، وإن ظهر صدق الخبر في قول أبي حنيفة، وعندهما: ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه.

وجه قولهما: أن الأخبار عن العزل من باب المعاملات فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة كما في الأخبار في سائر المعاملات.

وجه قول أبي حنيفة: أن الأخبار عن العزل له شبه الشهادة، لأن فيه التزام حكم المخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فأشبه الشهادة فيجب اعتبار أحد شروطها وهو العدالة أو العدد.

وعلى هذا الاختلاف الشفيع إذا أخبره بالبيع واحد غير عدل فلم يصدقه ولم يطلب الشفعة حتى ظهر عنده صدق الخبر فهو على شفعته عند أبي حنيفة، وعندهما بطلت شفعته.

وعلى هذا الاختلاف إذا جنى العبد جناية في بني آدم ثم أخبر واحد غير عدل مولاه أن عبده قد جنى فلم يصدقه حتى أعتقه لا يصير المولى مختاراً للفداء عند أبي حنيفة، وعندهما يصير مختاراً للفداء.

وعلى هذا الاختلاف العبد المأذون إذا بلغه حجر المولى من غير عدل فلم يصدقه لا يصير محجوراً عنده، وعندهما يصير محجوراً، وإن عزله الموكل وأشهد على عزله وهو غائب ولم يخبره بالعزل أحد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل في جميع الأحكام التي بيناها.

وعن أبي يوسف في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد

الوكيل ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري كان للمشتري أن يرجع بالثمن على الوكيل ويرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء، لأن العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم.

والثاني: أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير، فأما إذا تعلق بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق، لأن في العزل إبطال حقه من غير رضاه ولا سبيل إليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه على يدي عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عند حل الأجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكرنا.

وكذلك إذا وكل المدعى عليه وكيلاً بالخصومة مع المدعي بالتماس المدعي فعزله المدعى عليه بغير حضرة المدعي لا ينعزل لما ذكرنا.

واختلف المشايخ فيمن وكل رجلاً بطلاق امرأته إن غاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المرأة ثم غاب.

قال بعضهم: لا يصح عزله لأنه تعلق بهذه الوكالة حق المرأة فأشبه الوكيل بالخصومة.

وقال بعضهم: يصح عزله لأنه غير مجبور على الطلاق ولا على التوكيل به وإنما فعله باختياره فيملك عزله كما في سائر الوكالات. ولو وكل وكالة غير جائز الرجوع يعني بالفارسية وكيلي (دمار كست) هل يملك عزله.

اختلف المشايخ: قال بعضهم: إن كان ذلك في الطلاق والعتاق لا يملك لأنه لما وكله وكالة ثابتة غير جائز الرجوع عنها فقد ألحق حكم هذا التوكيل بالأمر، ثم جعل أمر امرأته إلى رجل يطلقها متى شاء أو أمر عبده إلى رجل يعتقه متى شاء لا يملك الرجوع عنه.

وكذا إذا قال لرجل: طلق امرأتي إن شئت أو أعتق عبدي إن شئت لا يملك عزله كذا هذا، وإن كان في البيع والشراء والإجارة والنكاح ونحوه يملك عزله وقال بعضهم إنه يملك العزل في الكل، لأن الوكالة ليست بلازمة بل هي إباحة وللمبيح حق المنع عن المباح.

ولو قال وقت التوكيل: كلما عزلتك فأنت وكيلي وكالة مستقبلة فعزله ينعزل ولكنه يصير وكيلاً ثانياً وكالة مستقبلة كما شرط، لأن تعليق الوكالة بالشرط جائز.

ولو قال الموكل للوكيل: كنت وكلتك وقلت لك كلما عزلتك فأنت وكيلي فيه وقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلاً بعد ذلك إلا بتوكيل جديد لأن من علق التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلاً بعد ذلك بوجود الشرط.

وقال بعضهم في التوكيل المعلق: لا يملك العزل قبل وجود الشرط ويكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلة، والأول أصح لأنه لما ملك العزل في المرسل ففي المعلق أولى.

ومنها: موت الموكل، لأن التوكيل بأمر الموكل وقد بطلت أهلية الآمر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته أم لا.

ومنها: جنونه جنوناً مطبقاً، لأن الجنون المطبق مبطل لأهلية الآمر، واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر، ومحمد بما يستوعب الحول.

وجه قول محمد: أن المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى.

وجه قول أبي يوسف: أن هذا القدر أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى.

ومنها: لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبي حنيفة، وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة أيضاً، فإن أسلم الموكل نفذت.

وإن قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت، وعندهما تصرفاته نافذة فكذا بالوكالة، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب إجماعاً، لأن ردة المرأة لا تمنع نفاذ تصرفها لأنها لا تؤثر فيما رتب عليه النفاذ وهو الملك.

ومنها: عجز الموكل والحجر عليه بأن وكل المكاتب رجلاً فعجز الموكل، وكذا إذا وكل المأذون إنساناً فحجر عليه لأنه بالعجز والحجر عليه بطلت أهلية آمره بالتصرف في المال فيبطل الآمر فتبطل الوكالة.

ومنها: موت الوكيل، لأن الموت مبطل لأهلية التصرف، ومنها جنونه المطبق لما ذكرنا، وإن لحق بدار الحرب مرتداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلماً، لأن أمره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفاً، فإن عاد مسلماً زال التوقف وصار كأنه لم يرتد أصلاً، وإن حكم بلحاقه بدار الحرب ثم عاد مسلماً هل تعود الوكالة، قال أبو يوسف: لا تعود، وقال محمد: تعود.

وجه قوله: أن نفس الردة لا تنافي الوكالة، ألا ترى أنها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب إلا أنه لم يجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لاختلاف الدارين، فإذا عاد زال المانع فيجوز.

ونظيره من وكل رجلاً ببيع عبد بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج إلى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة، ثم إذا عاد إلى الكوفة ملك بيعه فيها، كذا هذا.

وجه قول أبي يوسف: أن الوكالة عقد حكم ببطلانه بلحاقه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح.

وأما الموكل إذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية.

وروي عن محمد: أنها تعود، ووجهه أن بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل فإذا عاد مسلماً عاد ملكه الأول فيعود بحقوقه.

وجه ظاهر الرواية: أن لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت، ولو مات لا يحتمل العود فكذا إذا لحق بدار الحرب.

ومنها: أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل، نحو ما إذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو وهبه، وكذا إذا استحق أو كان حر الأصل، لأن الوكيل عجز عن التصرف لزوال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة، كما إذا هلك العبد. ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضاء هل تعود الوكالة كما إذا هلك العبد؟

قال أبو يوسف: لا تعود.

وقال محمد: تعود، لأن العائد بالفسخ عين الملك الأول فيعود بحقوقه.

وجه قول أبي يوسف: أن تصرف الموكل نفسه يتضمن عزل الوكيل لأنه أعجزه عن التصرف فيما وكله به، والوكيل بعدما انعزل لا يعود وكيلاً إلا بتجديد التوكيل، ولو وكله أن يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل أن يهبه، فمحمد يحتاج إلى الفرق بين البيع وبين الهبة.

ووجه الفرق له: لم يتضح، وكذلك إذا وكله بشراء شيء ثم اشتراه بنفسه وكذا إذا وكله بتزويج امرأة فتزوجها لأنه عجز عن تزويجها منه فبطلت الوكالة.

وكذا إذا وكله بعتق عبده أو بالتدبير أو بالكتابة أو الهبة ففعل بنفسه لما قلنا. وكذا إذا وكله بخلع امرأته ثم خلعها لأن المختلعة لا تحتمل الخلع. وكذا إذا وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلاثاً أو واحدة فانقضت عدتها لأنها لا تحتمل الطلاق بعد الثلاث وانقضاء العدة، حتى لو طلقها الزوج واحدة والعدة باقية فالوكالة قائمة لأنها تحتمل الطلاق في العدة. ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له أن يكاتبه مرة ثانية. وكذا لو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجه مرة أخرى، لأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الآمر كما في الأوامر الشرعية، بخلاف ما لو وكله ببيع عبده فباعه الوكيل ثم رد عليه بقضاء قاض أن له أن يبيعه ثانياً، لأن الرد بقضاء القاضي يوجب ارتفاع العقد من الأصل ويجعله كأن لم يكن، فلم يكن هذا تكرراً، حتى لو رد عليه بغير قضاء قاض لم يجز له أن يبيعه، لأن هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالأول فلا يملك الثاني إلا بتجديد التوكيل.

ومنها: هلاك العبد الذي وكل ببيعه أو بإعتاقه أو بهبته أو بتدبيره أو بكتابته أو نحو ذلك، لأن التصرف في المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف بحال فبطل.

ثم هذه الأشياء التي ذكرنا له أن يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل أو لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة، لكن تقع المفارقة فيما بين البعض والبعض من وجه آخر، وهو أن الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل فباعه الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم إلى المشتري ورجع المشتري على الوكيل بالثمن رجع الوكيل على الموكل.

وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الأصل، وفيما إذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذي وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل. والفرق: أن الوكيل هناك وإن صار معزولاً بتصرف الموكل لكنه صار مغروراً من جهته بترك إعلامه إياه فصار كفيلاً له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة إذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة، ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون وأخواتها فهو الفرق. ولو وكله بقبض دين على رجل ثم إن الموكل وهب المال للذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ولا ضامن على الوكيل، لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لأنه قبضه بأمره، وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكأنه قبضه بنفسه بعدما وهبه منه. ولو كان كذلك لرجع عليه، فكذا هذا والله عز وجل أعلم.

كتاب الصلح

الكلام في كتاب الصلح يقع في مواضع: في بيان أنواع الصلح، وفي بيان شرعية كل نوع، وفي بيان ركن الصلح، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكم الصلح، وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده، وفي بيان حكمه إذا بطل أو لم يصح من الأصل.

أما الأول فنقول وبالله التوفيق: الصلح في الأصل أنواع ثلاثة: صلح عن إقرار المدعى عليه، وصلح عن إنكاره، وصلح عن سكوته من غير إقرار ولا إنكار.

وكل نوع من ذلك لا يخلو إما أن يكون بين المدعي والمدعى عليه، وإما أن يكون بين المدعي والأجنبي المتوسط: فإن كان بين المدعي والمدعى عليه فكل واحد من الأنواع الثلاثة مشروع عند أصحابنا وقال ابن أبي ليلى المشروع هو الصلح عن إقرار وسكوت لا غيرهما، وقال الشافعي[1] رحمه الله: المشروع هو الصلح عن إقرار لا غير.

وجه قول الشافعي رحمه الله: أن جواز الصلح يستدعي حقاً ثابتاً ولم يوجد في موضع الإنكار والسكوت.

أما في الإنكار فلأن الحق لو ثبت فإنما يثبت بالدعوى وقد عارضها الإنكار فلا يثبت الحق عند التعارض.

فأما في السكوت فلأن الساكت ينزل منكراً حكماً حتى تسمع عليه البينة، فكان إنكاره معارضاً لدعوى المدعي فلم يثبت الحق. ولو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان في معنى الرشوة.

ولنا: ظاهر قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[2] وصف الله تعالى عز شأنه جنس الصلح بالخيرية، ومعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص إلا ما خص بدليل.

وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن، أمر رضي الله عنه برد الخصوم إلى الصلح مطلقاً وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فيكون إجماعاً من الصحابة فيكون حجة قاطعة، ولأن الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة، والحاجة إلى قطعها في التحقيق عند الإنكار إذ الإقرار مسالة ومساعدة فكان أولى

---

(١) انظر «المهذب» (٣/ ٢٤٥)، والتنبيه صفحة (٧٣) و «المنهاج» صفحة (٦٠) و «نهاية المحتاج» (٣/ ٣٨٧).

(٢) سورة النساء، الآية: (١٢٨).

بالجواز، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله أجوز ما يكون الصلح على الإنكار.

وقال الشيخ أبو منصور الماتريدي السمرقندي رحمه الله: ما صنع الشيطان من إيقاع العداوة والبغضاء في بني آدم ما صنع الشافعي رحمه الله في إنكاره الصلح على الإنكار.

وقوله: إن الحق ليس بثابت، قلنا: هذا على الإطلاق ممنوع بل الحق ثابت في زعم المدعي وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعاً.

فصل: وأما ركن الصلح فالإيجاب والقبول وهو أن يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا أو من دعواك كذا على كذا ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه فإذا وجد الإيجاب والقبول فقد تم عقد الصلح.

فصل: وأما شرائط الركن فأنواع: بعضها يرجع إلى المصالح، وبعضها يرجع إلى المصالح عليه، وبعضها يرجع إلى المصالح عنه.

أما الذي يرجع إلى المصالح فأنواع: منها أن يكون عاقلاً وهذا شرط عام في جميع التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل.

فأما البلوغ: فليس بشرط حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي المأذون إذا كان له فيه نفع أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر. بيان ذلك إذا وجب للصبي المأذون على إنسان دين فصالحه على بعض حقه، فإن لم يكن له عليه بينة جاز الصلح، لأن عند انعدام البينة لا حق له إلا الخصومة والحلف والمال أنفع له منهما، وإن كان له عليه بينة لا يجوز الصلح، لأن الحط تبرع وهو لا يملك التبرعات، ولو أخر الدين جاز سواء كانت له بينة أو لا، فرقا بينه وبين الصلح لأن تأخير الدين من أعمال التجارة والصبي المأذون في التجارات كالبالغ.

ألا ترى أنه يملك التأجيل في نفس العقد بأن يبيع بأجل فيملكه متأخراً عن العقد أيضاً بخلاف الحط، لأنه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه إلا أنه يملك حط بعض الثمن لأجل العيب، لأن حط بعض الثمن للعيب قد يكون أنفع من أخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه.

ولو صالح الصبي المأذون من المسلم فيه على رأس المال جاز، لأن الصلح من المسلم فيه على رأس المال إقالة للعقد، والإقالة من باب التجارة، وكذلك لو اشترى سلعة وظهر بها عيب فصالح البائع على أن قبلها جاز، لأن الثمن أنفع من المبيع المعيب عادة.

ولو صالحه البائع فحط عنه بعض الثمن لا شك فيه أنه يجوز، لأن الحط من البائع تبرع منه على الصبي فيصح، ولو ادعى إنسان عليه ديناً فأقر به فصالحه على أن حط عنه البعض جاز، لأن إقرار الصبي المأذون بالدين صحيح فكان الصلح تبرعاً على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من أهل أن يتبرع عليه فيصح.

وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد المأذون إذا كان له فيه منفعة

أو كان من التجارة إلا أنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق إذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لأجل العيب لما قلنا.

ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي المأذون، وكذلك لو ادعى على إنسان ديناً وهو مأذون فأقر به ثم صالحه على أن حط بعضه جاز، لأن إقرار العبد المأذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعي تبرعاً على العبد ببعض الدين فيصح.

ولو حجر عليه المولى، ثم ادعى إنسان عليه ديناً فأقر به وهو محجور ثم صالحه عنه على مال ضمنه بإقراره، فإن لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح، لأن إقرار المحجور لا ينفذ إذا لم يكن في يده مال، وإذا لم ينفذ لم ينفذ الصلح فلا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق، لأن إقراره من نفسه صحيح لصدوره من أهله إلا أنه إذا لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى فإذا عتق زال المانع فيظهر حينئذ، وأما إذا كان في يده مال فيجوز إقراره عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز.

وجه قولهما: أن هذا إقرار المحجور لبطلان الإذن بالحجر وإقرار المحجور غير صحيح.

وجه قول أبي حنيفة: أن إقرار المحجور إذا كان في يده مال صحيح، لأن العبد المحجور من أهل الإقرار وإنما المانع من ظهوره حق المولى، فإذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ظهور حق المولى، لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في إقراره فيمنع ظهور حق المولى فيه، ويحتمل أن يكون كاذباً فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك، بخلاف ما إذا لم يكن في يده مال، لأن يد المولى ثابتة حقيقة والإقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال.

وكذلك المكاتب نظير العبد المأذون في جميع ما ذكرنا لأنه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله ﷺ، فإن عجز المكاتب فادعى رجل عليه ديناً فاصطلحا على أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه، فإن لم يكن له عليه بينة لا يجوز، لأنه لما عجز فقد صار محجوراً عن التصرف فلا يصح صلحه، وإن كانت له عليه بينة جاز لأنه وإن عجز فالخصم في ديونه هو فيملك التصرف فيها لحط البعض بالصلح.

ومنها: أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضراً به مضرة ظاهرة حتى أن من ادعى على صبي ديناً فصالح أب الوصي من دعواه على مال الصبي الصغير فإن كان للمدعي بينة وما أعطى من المال مثل الحق المدعى أو زيادة يتغابن في مثلها فالصفح جائز، لأن الصلح في هذه الصورة لمعنى المعاوضة لإمكان الوصول إلى كل الحق بالبينة، والأب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير، وإن لم تكن له بينة لا يجوز، لأن عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعاً بمال الصغير وأنه ضرر محض فلا يملكه الأب.

ولو صالح من مال نفسه جاز، لأنه ما أضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه، ولو ادعى أب الصغير على إنسان ديناً للصغير فصالح على أن حط بعضه وأخذ الباقي، فإن كان له عليه بينة لا يجوز، لأن الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك.

وإن صالحه على مثل قيمة ذلك الشيء أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز، لأن الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الأب الحط من دين وجب للصغير والإبراء عنه هذا لا يخلو من أحد وجهين:

إما أن كان ولي ذلك العقد بنفسه، وإما أن لم يكن وليه فإن لم يكن وليه لا يجوز بالإجماع لأن الحط والإبراء من باب التبرع، والأب لا يملك التبرع لكونه مضرة محضة.

وإن كان وليه بنفسه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف: لا يجوز وهذا على اختلافهم في الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو حط بعضه وقد ذكرناه في كتاب الوكالة، ولا يجوز صلح أحد على حمل أباً كان المصالح أو غيره.

وإن خرج حياً بعد ذلك وورث وجازت الوصايا لأنه لو صح عليه لكان لا يخلو إما أن يصح على اعتبار الحال، وإما أن يصح على اعتبار الانفصال لا سبيل إلى الأول، لأن الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه مولياً عليه ولا سبيل إلى الثاني، لأن الصلح لا يحتمل الإضافة إلى الوقت ويملك الأب استيفاء القصاص في النفس وما دونها ولا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس.

والفرق: أن استيفاء القصاص تصرف على نفس الصغير بالإحياء وتحصيل التشفي، قال الله تعالى عز شأنه: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾[1] وكذا منفعة التشفي راجعة إلى نفسه وللأب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها، ولهذا ملك إنكاحه دون الوصي إلا أنه يملك القصاص فيما دون النفس، لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال لشبهه بالأموال.

ألا ترى أن القصاص لا يجري بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والأنثى مع جريان القصاص بينهم في الأنفس، ويستوفى القصاص فيما دون النفس في الحر كما يستوفى في سائر الحقوق المالية فيه ولا يستوفى القصاص في النفس فيه ويقضى بالنكول في الأطراف كما يقضى به في الأموال عند أبي حنيفة ولا يقضي به في الأنفس وله ولاية التصرف في الحال والمآل فيلي التصرف فيما دون النفس، ويملك الأب الصلح عن القصاص في النفس وما دونه، لأنه لما ملك الاستيفاء فلأن يملك الصلح أولى لأنه أنفع من الاستيفاء.

وكذا الوصي يملك الصلح عن القصاص فيما دون النفس لأنه يملك الاستيفاء فيما دون النفس فكذا الصلح عنه لأنه أنفع، وهو يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح أنه لا يملك.

وذكر في «الجامع الصغير» أنه يملك، وكذا روى القدوري رحمه الله، فعلى رواية الجامع يحتاج إلى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح، ووجه الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا أن القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحياة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفاء، فأما الصلح فصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وأنه فرق واضح.

(١) سورة البقرة، الآية: (١٨٩).

وجه رواية الصلح: أن الصلح اعتياض عن القصاص، فإذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه، ولو صالح الأب أو الوصي على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز، لأن الحط تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والحط القليل والكثير سواء بخلاف الغبن اليسير في البيع أنهما يملكانه.

والفرق: أن الحط نقصان متحقق، لأن الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وإن قل، والنقصان في البيع غير متحقق، لأن العوض فيه غير مقدر لاختلافه بتقويم المقومين، فإذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان.

ومنها: أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالأب والجد والوصي، لأن الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه، ومنها أن لا يكون مرتداً عند أبي حنيفة، وعندهما صلحه نافذ بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده، وعندهما نافذة لكن عند محمد نفاذ تصرف المريض، وعند أبي يوسف نفاذ تصرف من عليه القصاص في النفس. والمسألة تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى.

وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف، لأن حكمها حكم الحربية إلا أنها إذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضه دون بعض كصلح الحربية لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحاقها بدار الحرب.

فصل: وأما الشرائط التي ترجع إلى المصالح عليه فأنواع: منها أن يكون مالاً فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الإحرام والحرم، وكل ما ليس بمال، لأن في الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح عوضاً في المبيعات لا يصلح بدل الصلح.

وكذا إذا صالح على عبد فإذا هو حر لا يصح الصلح لأنه تبين أن الصلح لم يصادق محله، وسواء كان المال عيناً أو ديناً أو منفعة ليست بعين ولا دين، لأن العوض في المعاوضات المطلقة قد يكون عيناً وقد يكون ديناً، وقد يكون منفعة إلا أنه يشترط القبض في بعض الأعواض في بعض الأحوال دون بعض.

وجملة الكلام فيه: أن المدعي لا يخلو من أحد وجوه: إما أن يكون عيناً وهو ما يحتمل التعيين مطلقاً جنساً ونوعاً وقدراً وصفة واستحقاقاً كالعروض من الثياب والعقار من الأرضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الحنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد.

وإما أن يكون ديناً وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة والحيوان الموصوف.

وإما أن يكون منفعة، وإما أن يكون حقاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة وبدل الصلح لا يخلو من أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة، والصلح لا يخلو من أن يكون عن إقرار المدعى عليه أو عن إنكاره أو عن سكوته، فإن كان المدعي عيناً فصالح منها عن إقرار يجوز سواء كان بدل الصلح عيناً أو ديناً بعد أن كان معلوم القدر والصفة إلا الحيوان وإلا الثياب إلا بجميع شرائط السلم لأن هذا الصلح من الجانبين جميعاً في

معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن، وهذه الأشياء تصلح ثمناً في المبيعات عيناً كانت أو ديناً إلا الحيوان لأنه يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما هو مال أصلاً.

والثياب لا تثبت ديناً في الذمة إلا بشرائط السلم من بين القدر والوصف والأجل والمكيل والموزون يثبتان في الذمة مطلقاً في المعاوضة المطلقة من غير أجل ولا يشترط قبضه في المجلس لأنه ليس بصرف ولا في ترك قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن عين بعين أو عين بدين وكل ذلك جائز وإن كان ديناً، فإن كان دراهم أو دنانير فصالح منها لا يخلو من أحد وجهين: إما أن صالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها، فإن صالح منها على خلاف جنسها، فإن صالح منها على عين جار، لأن الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وأنه جائز ولا يشترط القبض.

وإن صالح منها على دين سواه لا يجوز لأنه بائع ما ليس عنده، لأن الدراهم والدنانير أثمان أبداً وما وقع عليه الصلح مبيع فالصلح في هذه الصورة يقع بيع ما ليس عند البائع وأنه منهي عنه.

وإن صالح منها على جنسها فإن صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن صالح على مثل حقه، وإما أن صالح على أقل من حقه، وإما أن صالح على أكثر من حقه، فإن صالح على مثل حقه قدراً ووصفاً بأن صالح من ألف جياد على ألف جياد فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض، لأن هذا استيفاء عين حقه أصلاً ووصفاً.

ولو صالح على أقل من حقه قدراً ووصفاً بأن صالح من الألف الجياد على حمسمائة نبهرجة يجوز أيضاً ويحمل على استيفاء بعض عين الحق أصلاً والإبراء عن الباقي أصلاً ووصفاً، لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما أمكن.

ولو حمل على المعاوضة يؤدي إلى الربا لأنه يصير بائعاً ألفاً بخمسمائة وأنه ربا فيحمل على استيفاء بعض الحق والإبراء عن الباقي، ولا يشترط القبض ويجوز مؤجلاً، لأن جوازه ليس بطريق المعاوضة ليكون صرفاً.

وكذلك إن صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدراً بأن صالح عن ألف جياد على ألف نبهرجة أو صالح على أقل من حقه قدراً لا وصفاً بأن صالح من ألف جياد على خمسمائة جيدة يجوز ويحمل على استيفاء البعض والحط والإبراء والتجوز بدون الحق أصلاً ووصفاً يجوز من غير قبض ومؤجلاً.

ولو صالح على أكثر من حقه قدراً ووصفاً بأن صالح من ألف نبهرجة على ألف وخمسمائة جياد أو صالح على أكثر من حقه قدراً لا وصفاً بأن صالح من ألف جياد على ألف وخمسمائة نبهرجة لا يجوز لأنه ربا لأنه يحمله على المعاوضة هنا لتعذر حمله على استيفاء البعض وإسقاط الباقي. وإن صالح على أكثر من حقه وصفاً لا قدراً بأن صالح من ألف نبهرجة على ألف جياد جاز ويشترط الحلول أو التقابض، حتى كان الصلح مؤجلاً إن لم يقبض في المجلس يبطل لأنه صرف، وأما إذا صالح على أكثر من حقه وصفاً وأقل منه قدراً بأن صالح من ألف نبهرجة على خمسمائة جياد لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الآخر، وكان يقول أولاً لا يجوز ثم رجع.

وجه قوله الأول: أن هذا حط بعض حقه وهو خمسمائة نبهرجة فيبقى عليه خمسمائة نبهرجة إلا أنه أحسن في القضاء بخمسمائة جيدة فلا يمنع عنه، حتى أنه لو امتنع لا يكون عليه إلا خمسمائة نبهرجة.

وجه ظاهر الرواية: أن الصلح من الألف النبهرجة على الخمسمائة الجيدة اعتياض عن صفة الجودة، وهذا لا يجوز لأن الجودة في الأموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها لقوله عليه الصلاة والسلام: «جيدُها وَرَدِيئُها سَواءٌ»[1] فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعاً، والساقط شرعاً والعدم الأصلي سواء، ولأن الصلح على هذا الوجه لا يخلو إما أن يجعل استيفاء لعين الحق أو يجعل معاوضة لا سبيل إلى الأول، لأن حقه في الرديء لا في الجيد فيحمل على المعاوضة فيصير بائعاً ألف نبهرجة بخمسمائة جيدة فيكون ربا وكذلك حكم الدنانير والصلح منها على دنانير، كحكم الدراهم في جميع ما ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير أو من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لأنه صرف.

ولو ادعى ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم إلى شهر جاز، وطريق جوازه بأن يجعل حطاً لا معاوضة، لأنه لو جعل معاوضة لبطل لأنه يصير بعض المائة عوضاً عن الدنانير والبعض عوضاً عن الدراهم فيصير بائعاً تسعمائة بخمسين فيكون ربا، وأمور المسلمين محمول على الصلاح والسداد ما أمكن، وأمكن أن يجعل حطاً للدنانير أصلاً وبعض الدراهم وذلك تسعمائة، وتأجيل البعض وذلك مائة إلى شهر. وكذلك لو كان عليه ألف درهم وكر فصالحه على مائة جاز، وطريق جوازه أن يجعل حطاً وإسقاطاً للكر لا معاوضة لأن استبدال المسلم فيه لا يجوز، ولو كان المالان عليه لرجل لأحدهما دراهم والآخر دنانير فصالحه على مائة درهم جاز، وطريقة جوازه أن يعتبر معاوضة في حق أحدهما وحطاً وإسقاطاً في حق الآخر، وذلك أن يقسم بدل الصلح على قدر قيمة دينيهما من الدراهم والدنانير، فالقدر الذي أصاب الدنانير يكون عوضاً عنها فيكون صرفاً فيراعى فيه شرائط الصرف فيشترط القبض في المجلس والقدر الذي أصاب الدراهم لا يجوز أن يجعل عوضاً لأنه يؤدي إلى الربا، فيجعل الصلح في حقه استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي.

والأصل أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفاء لبعض الحق وإبراء عن الباقي، ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها أو وقع على جنس آخر من الدين والعين يعتبر معاوضة، لأنه لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق والإبراء عن الباقي، لأن استيفاء عين الحق من جنسه يكون ولم يوجد فيعتبر معاوضة، فما جازت به المعاوضات يجوز هذا: وما فسدت به تلك يفسد به هذا، وقد ذكرنا بعض مسائل هذا الأصل.

وعلى هذا إذا صالح من ألف حالة على ألف مؤجلة جاز ويعتبر حطاً للحلول وتأجيلاً للدين وتجوزاً بدون من حقه لا معاوضة.

ولو صالح من ألف حالة على خمسمائة قد ذكرنا أنه يجوز ويعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي، وأما إذا صالح على خمسمائة أن يعطيها إياه فهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما أن وقت لأداء

---

(١) تقدم الكلام عنه.

الخمسمائة وقتاً، وإما أن لم يؤقت فإن لم يؤقت فالصلح جائز ويكون حطاً للخمسمائة، لأن هذا الشرط لا يفيد شيئاً لم يكن من قبل.

الا ترى أنه لو لم يذكر للزمه الإعطاء فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة. وكذلك الحط على هذا بأن قال للغريم حططت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة لما بينا.

وإن وقت بأن قال: صالحتك على خمسمائة على أن تعطينيها اليوم أو على أن تعجلها اليوم، فإما أن اقتصر على هذا القدر ولم ينص على شرط العدم، وإما أن نص عليه فقال فإن لم تعطني اليوم، أو إن لم تعجل اليوم أو على أن تعجلها اليوم فالألف عليك، فإن نص عليه فإن أعطاه وعجلت في اليوم فالصلح ماض وبرىء عن خمسمائة، وإن لم يعطه حتى مضى اليوم فالألف عليه بلا خلاف، وكذلك الحط على هذا.

وأما إذا اقتصر عليه ولم ينص على شرط العدم فإن أعطاه في اليوم برىء عن خمسمائة بالإجماع، وأما إذا لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح والألف عليه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف الصلح ماض وعليه خمسمائة فقط.

وجه قوله: أن شرط التعجيل ما أفاده شيئاً لم يكن من قبل، لأن التعجيل كان واجباً عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة، ولو سكت عنه لكان الأمر على ما وصفنا فكذا هذا، بخلاف ما إذا قال فإن لم تفعل فكذا لأن التنصيص على عدم الشرط نفي للمشروط عند عدمه فكان مفيداً.

وجه قولهما: أن شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل، لأن العاقل يقصد بتصرفه الإفادة دون اللغو واللعب والعبث. ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغا، لأن التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهراً شرطاً لانفساخ العقد عند عدم التعجيل فصار كأنه نص على هذا الشرط فقال فإن لم تعجل فلا صلح بيننا. ولو كان كذلك لكان الأمر على ما نص عليه فكذا هذا.

وتبين بهذا أن هذا تعليق الفسخ بالشرط لا تعليق العقد، كما إذا باع بألف على أن ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فإن لم ينقده فلا بيع بينهما، وذلك جائز لدخول الشرط على الفسخ لا على العقد فكذا هذا.

وكذلك لو أخذ منه كفيلاً وشرط على الكفيل أنه إن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر فعليه كل المال وهو الألف فهو جائز والألف لازمة للكفيل إن لم يوفه لأنه جعل عدم إيفاء الخمسمائة إلى رأس الشهر شرطاً للكفالة بألف، فإذا وجد الشرط ثبت المشروط، ولو ضمن الكفيل الألف ثم قال حططت عنك خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة، فإن لم تفعل فالألف عليك فهذا أوثق من الباب الأول، لأن هذا هنا علق الحط بشرط التعجيل، وهو إيفاء الخمسمائة رأس الشهر، وجعل عدم هذا الشرط شرطاً لانفساخ الحط، وفي الباب الأول جعل عدم التعجيل شرطاً للعقد وهو الكفالة بالألف، والفسخ لشرط أقبل من العقد، لذلك كان الثاني أوثق من الأول.

وكذلك لو جعل المال نجوماً بكفيل أو بغير كفيل وشرط أنه إن لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جائز على ما شرط لأنه جعل الإخلال بنجم شرطاً لحلول كل المال عليه وأنه صحيح.

ولو كان له عليه ألف فقال أد إليّ من الألف خمسمائة غداً على أنك بريء من الباقي، فإن أدى إليه خمسمائة غداً يبرأ من الباقي إجماعاً، وإن لم يؤد فعليه الألف عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف ليس عليه إلا خمسمائة، وقد مرت المسألة.

ولو قال: إن أديت إلي خمسمائة فأنت بريء من الباقي، أو قال: متى أديت فأدى إليه خمسمائة لا يبرىء عن الخمسمائة الباقية حتى يبرئه، وكذلك إذا قال لمكاتبه ذلك فأدى خمسمائة لا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه، لأن هذا تعليق البراءة بالشرط وإنه باطل، بخلاف ما إذا كان بلفظ الصلح أو الحط أو الأمر لأن ذلك ليس تعليق بالبراءة بالشرط على ما مر.

ولو قال لمكاتبه: إن أديت إلي خمسماية فأنت حر، فأدى خمسماية عتق، لأن هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح. ولو كان له على إنسان ألف مؤجلة فصالح منها فهذا لا يخلو من أحد وجهين:

إما أن صالح منها على أقل من حقه أو على تمام حقه، وكل ذلك لا يخلو من أن يشترط التعجيل أو لم يشترط، فإن صالح على أقل من حقه قدراً أو وصفاً، أو قدراً ووصفاً ولم يشترط التعجيل لما وقع عليه الصلح جاز ويكون حطاً وتجوزاً بدون حقه وله أن يأخذ الباقي بعد حل الأجل.

وإن شرط التعجيل فالصلح باطل وعليه رد ما قبض والرجوع برأس ماله بعد حل الأجل، لأن فيه معاوضة الأجل وهو التعجيل بالحط وهذا لا يجوز لأن الأجل ليس بمال.

وإن صالح على تمام حقه جاز، وإن شرط التعجيل، فإن صالح من ألف مؤجلة على ألف معجلة لكن بشرط القبض قبل الافتراق عن المجلس، وكذلك حكم الدنانير على هذا، ولو كان الواجب عليه قيمة المستهلك، فإن كان المستهلك من ذوات القيمة فصالح، فإن صالح على الدراهم والدنانير حالة أو مؤجلة جاز الصلح، لأن الواجب في ذمته قبل المتلف صورة ومعنى كذا الاستهلاك تحقيقاً للمماثلة المعلقة ثم يملكه بأداء الضمان، فإذا صالح كان هذا الصلح على عين حقه فيجوز على أي وصف كان.

وإن صالح على غير الدراهم والدنانير إن كان عيناً جاز ولا يشترط القبض وإن كان ديناً موصوفاً يجوز أيضاً لكن القبض في المجلس شرط، ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك، فإن كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون الذي ليس في تبعيضه ضرر فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كر الحنطة فنقول وبالله التوفيق إذا كان المدعي ديناً سوى الدراهم والدنانير، فإن كان مكيلاً بأن كان كر حنطة مثلاً فصالح منه لا يخلو من أحد وجهين:

أما إن صالح على جنسه، أو على خلاف جنسه، فإن صالح على جنسه لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن صالح على مثل حقه، وإما على أقل منه، وإما إن صالح على أكثر منه، فإن صالح على مثل حقه قدراً ووصفاً جاز ولا يشترط القبض لأنه استوفى عين حقه.

وإن صالح على أقل من حقه قدراً ووصفاً جاز ويكون حطاً لا معاوضة لما ذكرنا في الدراهم ولا يشترط القبض ويكون مؤجلاً.

وإن صالح على أقل من حقه وصفاً لا قدراً جاز أيضاً ويكون استيفاء لعين حقه أصلاً وإبراء له عن الصفة فلا يشترط القبض ويجوز حتى لا يبطل بالتأجيل أو تركه ويعتبر رضاً بدون حقه، ولو صالح على أكثر من حقه قدراً ووصفاً أو قدراً لا وصفاً لا يجوز لأنه رباً.

وإن صالح على أكثر منه وصفاً لا قدراً بأن صالح من كر رديء على كر جيد جاز، ويعتبر معاوضة احترازاً عن الافتراق عن دين بدين، ولو صالح منه على كر مؤجل جاز، لأنه حط حقه في الحلول ورضي بدون حقه كما في الدراهم والدنانير.

هذا إذا كان أكثر الدين حالاً فإن كان مؤجلاً فصالح على بعض حقه أو على تمام حقه فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الصلح من الألف المؤجلة من غير تفاوت، هذا إذا صالح من الكر على جنسه، فإن صالح على خلاف جنس حقه، فإن كان الكر الذي عليه سلماً لا يجوز بحال، لأن الصلح على خلاف جنس المسلم فيه يكون معاوضة وفيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه إلا أن يكون الصلح منه على رأس المال يجوز، لأن الصلح من المسلم فيه على رأس المال يكون إقالة للسلم وفسخاً له وذلك جائز، وإن لم يكن سلماً فصالح على خلاف جنس حقه. فإن كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز ويشترط القبض وإن كان معيناً مشاراً إليه لأنها لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقاً عن دين بدين، وإن كان ذلك من المكيلات وهو عين جاز ولا يشترط القبض.

وإن كان موصوفاً في الذمة جاز أيضاً فرق بين هذا وبين ما إذا كان عليه دراهم أو دنانير فصالح منها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة أنه لا يجوز لأن ذلك مبيع.

ألا ترى أنه قوبل بالأثمان والمبيع ما يقابل بالثمن، وهذا لا يقابل بالثمن فلا يكون متبعاً إلا أنه لا بد من القبض في المجلس احترازاً من الافتراق عن دين بدين، وإن كان من العروض والحيوان، فإن كان عيناً جاز، وإن كان ديناً يجوز في الثياب الموصوفة إذا أتى بشرائط السلم لكن القبض في المجلس شرط احترازاً عن الافتراق عن دين بدين، ولا يجوز في الحيوان الموصوف بحال لأنه لا يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما هو مال، وكذلك إذا كان المدعي موزوناً ديناً موصوفاً في الذمة فصالح منه على جنسه أو على خلاف جنسه إلى آخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف.

هذا إذا كان المدعي مكيلاً أو موزوناً ديناً موصوفاً في الذمة فإن كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما إن صالح منه على جنسه، وإما إن صالح منه على خلاف جنسه. فإن صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه: إما إن صالح على مثل حقه أو أكثر منه أو أقل، فإن صالح على مثل حقه قدراً ووصفاً، فإن صالح من ثوب هروي جيد على ثوب هروي جيد جاز ولا يشترط القبض لأنه استوفى عين حقه.

وكذلك إن صالح على أقل من حقه قدراً ووصفاً أو وصفاً لا قدراً يجوز ويكون هذا استيفاء لبعض عين حقه وحطاً للباقي وإبراء عنه أصلاً ووصفاً والإبراء عن المسلم فيه صحيح، لأن قبضه ليس بواجب.

وإن صالح على أقل من حقه قدراً لا وصفاً بأن صالح من ثوب رديء على نصف ثوب جيد جاز:

بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بأن صالح من ألف نبهرجة على خمسمائة جياد أو صالح من كر رديء على نصف كر جيد، أو صالح من حديد رديء على نصف من جيد أنه لا يجوز.

والفرق: أن المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة هنا جائز، لأن الجودة في غير الأموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لها قيمة بخلاف الأموال الربوية، وهذا لأن الأصل أن تكون الجودة متقومة في الأموال كلها لأنها صفة مرغوبة ببذل العوض في مقابلتها إلا أن الشرع أسقط اعتبارها في الأموال الربوية تعبداً بقوله جيدها ورديئها سواء فبقيت متقومة في غيرها على الأصل فيصح الاعتياض عنها.

وإن صالح على أكثر من حقه قدراً ووصفاً بأن صالح من ثوب هروي جيد على ثوبين هرويين جيدين يجوز لكن يشترط القبض، لأن جوازه بطريق المعاوضة والجنس بانفراده يحرم النساء فلا بد من القبض لئلا يؤدي إلى الربا.

وكذلك إن صالح على أكثر من حقه قدراً لا وصفاً بأن صالح عن ثوب هروي جيد على ثوبين هرويين رديئين جاز والقبض شرط لما ذكرنا، ولو صالح على أكثر من حقه وصفاً لا قدراً بأن صالح من ثوب رديء على ثوب جيد جاز، لأنه معاوضة إذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحق، لأن الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يؤدي إلى الربا.

وإن صالح على خلاف جنس حقه كائناً ما كان لا يجوز ديناً كان أو عيناً لأن فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وأنه لا يجوز إلا على رأس مال السلم، لأن الصلح عليه يكون إقالة وفسخاً لا استبدالاً.

وإن كان المدعى حيواناً موصوفاً في الذمة في قتل الخطأ أو شبه العمد فصالح فنقول: الجملة فيه أن هذا في الأصل لا يخلو من وجهين؛ إما إن صالح على ما هو مفروض في باب الدية في الجملة، وإما إن صالح على ما ليس بمفروض في الباب أصلاً.

وكل ذلك لا يخلو إما إن صالح قبل تعيين القاضي نوعاً من الأنواع المفروضة أو بعد تعيينه نوعاً منها، فإن صالح على المفروض قبل تعيين القاضي بأن صالح على عشرة آلاف درهم أو على ألف دينار أو على مائة من الإبل أو على مائة بقرة أو على ألفي شاة أو على مائتي حلة جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منها للواجب من أحد الأنواع المفروضة بمنزلة تعيين القاضي فيجوز ويكون استيفاء لعين حقه الواجب عند اختياره ذلك فعلاً برضا القاتل.

وكذا إذا صالح على أقل من المفروض يكون استيفاء لبعض عين الحق وإبراء عن الباقي، وإن صالح على أكثر من المفروض لا يجوز لأنه ربا، ولو صالح بعد ما عين القاضي نوعاً منها، فإن صالح على جنس حقه المعين جاز إذا كان مثله أو أقل منه، وإن كان أكثر لا يجوز لأنه ربا، وإن صالح على خلاف الجنس المعين فإن كان من جنس المفروض في الجملة بأن عين القاضي مائة من الإبل فصالح على مائة من البقر أو أكثر جاز وتكون معاوضة، لأن الإبل تعينت واجبة بتعيين القاضي فلم يبق غيره واجباً فكانت البقر بدلاً عن الواجب في الذمة فكانت معاوضة، ولا بد من القبض احترازاً عن الافتراق عن دين بدين. وكذلك إذا كان من

خلاف جنس المفروض بأن صالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة، ويشترط التقابض لما قلنا.

ولو صالح على قيمة الإبل أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز، لأن قيمة الإبل دراهم ودنانير وإنها ليست من جنس الإبل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل أو كثر ولا يشترط القبض.

وكذلك إذا صالح من الإبل على دراهم في الذمة وافترقا من غير قبض جاز وإن كان هذا افتراقاً عن دين بدين، لأن هذا المعنى ليس بمعاوضة بل هو استيفاء عين حقه، لأن الحيوان الواجب في الذمة وإن كان ديناً لكنه ليس بدين لازم، ألا ترى أن من عليه إذا جاء بقيمته يجبر من له على القبول بخلاف سائر الديون فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة.

هذا إذا قضى عليه القاضي بالإبل فإن قضى عليه بالدراهم والدنانير فصالح من مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير أو بقر ليس عنده لا يجوز، لأن ما يقابل هذه الأشياء دراهم أو دنانير وإنها أثمان فتتعين هذه مبيعة، وبيع المبيع الذي ليس بمعين لا يجوز إلا بطريق السلم.

هذا إذا صالح على المفروض في باب الدية، فأما إذا صالح على ما ليس بمفروض أصلاً كالمكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير ونحو ذلك مما لا يدخل له في الفرض قبل تعيين القاضي جاز، وإن كانت قيمته أكثر من المفروض لكن القبض في المجلس شرط لأنه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا.

وإن كان بعد تعيين القاضي فهو على ما ذكرنا من التفصيل، وكذلك حكم الصلح عن إنكار المدعى عليه وسكوته بحكم الصلح عن إقراره في جميع ما وصفنا هذا الذي ذكرنا إذا كان بدل الصلح مالاً عيناً أو ديناً، فأما إذا كان منفعة بأن صالح على خدمة عبد بعينه أو ركوب دابة بعينها أو على زراعة أرض أو سكنى دار وقتاً معلوماً جاز الصلح ويكون في معنى الإجارة، سواء كان الصلح عن إقرار المدعي عليه أو عن إنكاره أو عن سكوته، لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد، أما في موضع الإقرار فظاهر لأن بدل الصلح عوض عن المدعي، وكذا في موضع الإنكار في جانب المدعي وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين.

وكذا في السكوت لأن الساكت منكر حكماً، سواء كان المدعي عيناً أو ديناً لكن تمليك المنفعة قد يكون بالعين وقد يكون بالدين كما في سائر الإجارات وإن كان المدعى منفعة فإن كانت المنفعتان من جنسين مختلفين، كما إذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالإجماع، وإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا. وأصل المسألة في كتاب الإجارات.

وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة يصح بما تصح به الإجارات، ويفسد بما تفسد به ولصاحب العبد أن يعتقه لأن صحة الإعتاق يقف على قيام ملك الرقبة وأنه قائم فأشبه إعتاق المستأجر والمرهون، وليس له أن يبيعه، لأن جواز البيع بعد ملك اليد ولم يوجد فلا يجوز بيعه كالعبد المستأجر والمرهون، وله أن يؤاجره من غيره لأن منفعته صارت مملوكة له بالصلح، فإن شاء استوفاه بنفسه وإن شاء ملكها من غيره كالعبد المستأجر، وله أن يؤاجره من المدعى عليه في مدة الصلح عند أبي يوسف ولا يبطل الصلح كما لو آجره من

غيره، وعند محمد لا يجوز ويبطل الصلح كما لو آجره من المؤاجر في مدة الإجارة. وإنه لا يجوز بالإجماع وتبطل الإجارة الأولى ولا يجب على المستأجر شيء من الأجرة. كذا هذا، وله أن يسافر به.

وذكر في الإجارة أن من استأجر عبداً للخدمة لم يكن له أن يسافر به للتفاوت بين خدمتي السفر والحضر، والفرق أن المسافرة بالعبد المستأجر للخدمة إلحاق الضرر بالآجر، لأن مؤنة الرد في باب الإجارة عليه وربما يلزمه برده مؤنة تزيد على الأجرة فيتضرر به فلم يملك المسافرة به دفعاً للضرر عنه وهذا المعنى ههنا منعدم، لأن مؤنة الرد لا تلزم صاحب العبد فأشبه العبد الموصى بخدمته والعبد المرهون وهما يملكان المسافرة به كذا هذا.

ولو ادعى على رجل داراً في يده فأنكر المدعى عليه فصالحه على أن يسكن المدعى عليه الذي في يده الدار سنة ثم يدفعها إلى المدعي جاز، لأن المدعي متصرف في ملك نفسه ببدل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعى عليه متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرفاً في ملك نفسه في زعمه فيجوز.

ومنها: أن يكون متقوماً فلا يصح الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لأنه ليس بمال متقوم في حقه، وكذا إذا صالح على دن من خل فإذا هو خمر لم يصح لأنه تبين أنه لم يصادف محله.

ومنها: أن يكون مملوكاً للمصالح حتى إنه إذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعي لم يصح الصلح؛ لأنه تبين أنه ليس مملوكاً للمصالح فتبين أن الصلح لم يصح، ومنها: أن يكون معلوماً لأن جهالة البدل تؤدي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد إلا إذا كان شيئاً لا يفتقر إلى القبض والتسليم كما إذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقاً ثم تصالحا على أن جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه صلحاً مما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وإن كان مجهولاً، لأن جهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، فإذا كان ما لا يستغني عن التسليم والتسلم لا يفضي إلى المنازعة فلا يمنع الجواز إلا أن الصلح من القصاص في النفس وما دونه تتحمل الجهالة القليلة في البدل كما تتحمل في المهر في باب النكاح والخلع والإعتاق على مال والكتابة لما علم.

ولو صالح على مسيل أو شرب من نهر لا حق له في رقبته أو على أن يحمل كذا وكذا جذعاً على هذا الحائط وعلى أن يسيل ميزابه في داره أياماً معلومة لا يجوز، لأن ما وقع عليه الصلح في هذه المواضع مفتقر إلى القبض والتسليم فلم تكن جهالته محتملة لهذا لا يجوز بيعها فلا يصح الصلح عليها، والأصل أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وما لا فلا.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المصالح عنه فأنواع:

أحدها: أن يكون حق العبد لاحق الله عز وجل سواء كان مالاً عيناً أو ديناً أو حقاً ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن أخذ زانياً أو سارقاً من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه إلى ولي الأمر لأنه حق الله تعالى جل شأنه.

ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى عز شأنه لأن المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه إما باستيفاء

كل حقه أو باستيفاء البعض وإسقاط الباقي أو بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه.

وكذا إذا صالح من حد القذف بأن قذف رجلاً فصالحه على مال على أن يعفو عنه، لأنه وإن كان للعبد فيه حق فالمغلب فيه حق الله تعالى، والمغلوب ملحق بالعدم شرعاً فكان في حكم الحقوق المتمحضة حقاً لله تعالى عز وجل وإنها لا تحتمل الصلح كذا هذا.

وكذلك لو صالح شاهداً يريد أن يشهد عليه على مال على أن لا يشهد عليه فهو باطل، لأن الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقاً لله تعالى عز شأنه قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[1] والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ويجب عليه رد ما أخذ لأنه أخذه بغير حق.

ولو علم القاضي به أبطل شهادته لأنه فسق إلا أن يحدث توبة فتقبل، ويجوز الصلح عن التعزير لأنه حق العبد، وكذا يصح عن القصاص في النفس وما دونه لأن القصاص من حق العبد سواء كان البدن عيناً أو ديناً إلا إذا كان ديناً يشترط القبض في المجلس احترازاً عن الافتراق عن دين بدين، وسواء كان معلوماً أو مجهولاً جهالة غير متفاحشة حتى لو صالح من القصاص على عبد أو ثوب هروي جاز، لأن الجهالة قلت ببيان النوع، لأن مطلق العبد يقع على عبد وسط ومطلق الثوب الهروي يقع على الوسط منه فتقل الجهالة فيصح الصلح وله الخيار إن شاء أعطى الوسط من ذلك وإن شاء أعطى قيمته كما في النكاح، فأما إذا صالح على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز، لأن الثياب والدواب أجناس تحتها أنواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فتمنع الجواز.

وكذا جهالة الدور لاختلاف الأماكن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فتمنع الجواز كما في باب النكاح.

والأصل أن كل جهالة تمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص وما لا فلا، لأن ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلاً عما ليس بمال والجهالة لا تمنع من الصحة لعينها.

ألا ترى أن الشرع ورد بمهر المثل في باب النكاح مع أنه مجهول القدر، وإنما يمنع منها لإفضائها إلى المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص على المسامحة كالإنسان يسامح بنفسه ما لا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضياً إلى المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع، لأن مبناه على المماكسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال والإنسان يضايق بماله ما لا يضايق بنفسه فهو الفرق والله عز وجل الموفق.

وإذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البدل يسقط القصاص وتجب الدية وفي النكاح يجب مهر المثل إلا أن بينهما فرقاً من وجه فإنه لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر، ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل.

وجه الفرق: أن الخمر إذا لم تصلح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز، لأن العفو الفضل، وفي الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شيء آخر، فأما لفظ النكاح فلا يحتمل العفو.

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (٢).

ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما إذا سكت عن المهر أصلاً فهو الفرق، وسواء كان البدل قدر الدية أو أقل أو أكثر لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾[1] وقوله عز وجل: ﴿فمن عفي له﴾ أي أعطى له كذا روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

وقوله عز شأنه: ﴿فاتباعٌ بالمعروفِ﴾ أي فليتبع مصدر بمعنى الأمر فقد أمر الله تبارك وتعالى الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطى له شيء، واسم الشيء يتناول القليل والكثير، فدلت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير، وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد أنه إذا صالح على أكثر من الدية لا يجوز.

والفرق: أن بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وأنها مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه فالزيادة على المقدر تكون ربا، فأما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا فهو الفرق.

وأما كون المصالح عنه معلوماً فليس بشرط لجواز الصلح حتى أن من ادعى على آخر حقاً في عين فأقر به المدعى عليه أو أنكر فصالح على مال معلوم جاز، لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الإسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البدلين فيصحح بطريق الإسقاط فلا يؤدي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض، لأن الساقط لا يحتمل ذلك وقد مر أن الجهالة فيما لا يحتمل التسليم والقبض لا تمنع جواز الصلح.

والثاني: أن يكون حق المصالح.

والثالث: أن يكون حقاً ثابتاً له في المحل فما لا يكون حقاً له أو لا يكون حقاً ثابتاً له في المحل لا يجوز الصلح عنه حتى لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبياً في يده أنه ابنه منها وجحد الرجل فصالحت عن النسب على شيء فالصلح باطل، لأن النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها، ولأن الصلح إما إسقاط أو معاوضة والنسب لا يحتملهما.

ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل، لأنه لا حق للشفيع في المحل إنما الثابت له حق التمليك وهو ليس لمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وأنها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه بخلاف الصلح عن القصاص، لأن هناك المحل يصير مملوكاً في حق الاستيفاء فكان الحق ثابتاً في المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح فهو الفرق.

وكذلك الكفيل بالنفس إذا صالح على مال أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل، لأن الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه، وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وإنها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة، وهل تبطل الكفالة؟ فيه روايتان: في رواية لا تبطل لأنه ما رضي بسقوط

---

[1] سورة البقرة، الآية: (١٧٨).

حقه إلا بعوض ولم يسلم له فلا يسقط حقه، وفي رواية يسقط، لأن الإبراء لا تقف صحته على العوض فيصح وإن لم يسلم العوض، فإذا صح أنه إسقاط فالساقط لا يحتمل العود.

وعلى هذا إذا كان لرجل ظلة على طريق أو كنيف شارعه أو ميزابه فخاصمه رجل وأراد أن يطرحه فصالحه على مال فهذا لا يخلو من وجهين. إما أن يكون الطريق نافذاً، وإما أن لا يكون نافذاً، فإذا كان نافذاً فخاصمه رجل من المسلمين وأراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل، لأن رقبة الطريق النافذ لا تكون ملكاً لأحد من المسلمين وإنما لهم حق المرور وأنه ليس بحق ثابت في رقبة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وأنه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع أنه لا فائدة في هذا الصلح، لأنه إن سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع، وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم إليه على مال يأخذ من المتقدم إليه الطرح فالصلح باطل، لأن الطرح واجب عليه فأخذ المال عليه يكون رشوة.

هذا إذا كان الطريق نافذاً، فأما إذا لم يكن نافذاً فصالحه رجل من أهل الطريق على مال للترك فالصلح جائز، لأن رقبة الطريق هنا مملوكة لأهل السكة فكان لكل واحد منهم فيها ملكاً فجاز الصلح عنه.

وكذا إسقاط حق كل واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضا الباقين ولا يحتمل ذلك في الوجه الأول لأنهم لا يحصون، وكذا لو صالح الثاني مع واحد منهم على مال للترك جاز ويطيب له المال، لأن رقبة الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب فكان الصلح اعتياضاً عن ملكه فصح، فأما في طريق المسلمين فلا ملك لأحد فيها ولا حق ثابت في المحل فلم يكن الصلح اعتياضاً عن ملك ولا حق ثابت في المحل فبطل.

وذكر الجصاص: أن جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما إذا بنى على الطريق، فأما إذا شرع إلى الهواء فلا يجوز لأنه اعتياض عن الهواء.

ولو ادعى على رجل مالاً وأنكر المدعى عليه ولا بينة للمدعي فطلب منه اليمين فصالح عن اليمين على أن لا يستحلفه جاز الصلح وبرىء من اليمين، وكذا إذا قال المدعى عليه صالحك من اليمين التي وجبت لك علي أو قال افتديت منك يمينك بكذا وكذا صح الصلح، لأن هذا صلح عن حق ثابت للمدعي، لأن اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه.

قال عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والكندي: «أَلَكَ بينةٌ قالَ: لاَ، قال: إذاً لَكَ يمينهُ»[1] جعل اليمين حق المدعي فكان هذا صلحاً عن حق ثابت شرعاً للمدعي، وكذا الملك في المدعي ثابت في

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٥/ ٢١٢ ـ ٢١٣).
وأبو داود في «سننه» في الأقضية، باب الرجل يحلف على علمه برقم (٣٦٢٢).
وذكره المزي في «تحفة الأشراف» (١/ ٧٧) وعزاه للنسائي في «السنن الكبرى» والطبراني في «المعجم الكبير» (١/ ٢٠٣ ـ ٢٠٤) برقم (٦٣٧).
عن الأشعث بن قيس: «أن رجلاً من كِنْدة ورجلاً من حضرموت اختصما في أرض من اليمن، فقال الحضرمي: يا رسول الله إن أرضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده، قال: هل لك بينة؟ قال: لا ولكن أحلّفه: والله ما يعلمُ أنها أرضي اغتصبنيها أبوه فتهيأ الكندي لليمين، فقال رسول الله ﷺ: «لا يقتطع أحد مالاً بيمين إلا لقي الله وهو أجزم، فقال الكندي هي أرضه».

زعمه، فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعى عليه وهو بدل المال لإسقاط الخصومة والافتداء عن اليمين.

ولو قال المدعى عليه:اشتريت منك اليمين على كذا، وقال المدعي بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث جاز بلفظ الصلح والافتداء ولم يجز بلفظ البيع والشراء.

ولو ادعى على رجل أنه عبده فأنكر فصالحه على مائة درهم جاز، لأن هذا صلح عن حق ثابت في حق المدعي، لأن الرق ثابت في حقه فكان الصلح في حقه إعتاقاً على مال فيصح إلا أن الولاء لا يكون له لإنكار المدعى عليه الرق فإن أقام المدعي بعد ذلك بينة لا تقبل إلا في حق إثبات الولاء.

وكذلك لو صالحه على حيوان في الذمة إلى أجل كان جائزاً لأن الرق ثابت في حق المدعي فكان بدل الصلح بدلاً عن العتق في حقه فأشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة.

ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فجحدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز، لأن النكاح حق ثابت في حق المدعي فكان الصلح على حق ثابت فكان في معنى الخلع إذ هو أخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزاً وفي حقها بدل مال لإسقاط الخصومة وأنه جائز أيضاً للنص.

ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً فجحد الرجل فصالحها على مال بذله لها لا يخلو: إما أن يكون النكاح ثابتاً أو لم يكن ثابتاً، فإن لم يكن ثابتاً كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة، وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح لأن العوض في الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء فلا يجوز.

ولو ادعى على إنسان مائة درهم فأنكر المدعى عليه فتصالحا على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء فالصلح باطل والمدعي على دعواه حتى لو أقام بينة أخذه بها، لأن قوله: على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء تعليق البراءة بالشرط وأنه باطل، لأن في الإبراء معنى التمليك.

والأصل في التمليك أن لا يحتمل التعليق بالشرط، وإن لم تكن له بينة وأراد استحلافه فهو على وجهين: إن كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى، لأن تلك اليمين غير معتبرة لأنها غير واجبة ولا تنقطع بها خصومة فلم يكن معتداً بها.

وإن كان عند القاضي لم يستحلفه ثانياً لأن الحلف عند القاضي معتد به فقد استوفى المدعي حقه مرة فلا يجب الإيفاء ثانياً.

ولو تصالحا على أن يحلف المدعى عليه فإذا حلف فالمال واجب على المدعى عليه فهو باطل، لأن هذا تعليق وجوب المال بالشرط وإنه باطل لكونه قماراً. ولو أودع إنساناً وديعة ثم طلبها منه فقال المودع هلكت أو قال رددتها وكذبه المودع وقال: استهلكتها، فتصالحا على شيء، فالصلح باطل عند أبي يوسف وعند محمد: صحيح.

وجه قول محمد: إن هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة فيصح كما في سائر المواضع.

وجه قول أبي يوسف: إن المدعي مناقض في هذه الدعوى لأن المودع أمين المالك، وقول الأمين قول المؤتمن فكان إخباره بالرد والهلاك إقراراً من المودع فكان مناقضاً في دعوى الاستهلاك، والتناقض يمنع صحة الدعوى، إلا أنه يستحلف، لكن لا لدفع الدعوى لأنها مندفعة لبطلانها، بل للتهمة، وإذا لم تصح الدعوى لا يصح الصلح.

ولو ادعى المودع الاستهلاك ولم يقل المودع: إنها هلكت أو رددتها فتصالحا على شيء جاز، لأن دعوى الاستهلاك صحيحة واليمين متوجهة عليه فصح الصلح، ولو طلب المودع الوديعة فجحدها المودع وقال: لم تودعني شيئاً ثم قال: هلكت أو رددتها.وقال المودع: بل استهلكتها فتصالحا جاز، لأن المالك يدعي عليه ضمان الغصب بالجحود إذ هو سبب لوجوب الضمان، وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والمضاربة، لأن كل ذلك أمانة.

ولو اشترى من رجل عبداً فطعن فيه بعيب وخاصمه فيه ثم صالحه على شيء أو حط من ثمنه شيئًا، فإن كان العبد مما يجوز رده على البائع وله المطالبة بأرش العيب دون الرد فالصلح جائز، لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو صفة سلامة المبيع عن عيب وإنها من قبيل الأموال فكان عن العيب معاوضة مال بمال فصح.

وكذا الصلح عن الأرش معاوضة مال بمال لا شك فيه، وإذا صار المبيع بحال لا يملك رده على البائع ولا المطالبة بأرشه بأن باع العبد فالصلح باطل، لأن حق الدعوى والخصومة فيهما قبل البيع قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح.

ولو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضاً في عين العبد فانجلى بطل الصلح ويرد ما أخذ، لأن المعوض وهي صفة السلامة قد عادت فيعود العوض فبطل الصلح.

ولو طعن المشتري بعيب فصالحه البائع على أن يبريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جائز، لأن الإبراء عن العيب إبراء عن صفة السلامة وإسقاط لها وهي مستحقة على البائع فيصح الصلح عنها والإبراء عن كل عيب. وإن كان إبراء عن المجهول لكن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فلا تمنع صحة الإبراء للفقه الذي مر قبل هذا.

إن الجهالة لعينها غير مانعة بل لإفضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والقبض والذي وقع الصلح والإبراء عنه لا يفتقر إلى التسليم والقبض فلا تضره الجهالة. وكذلك لو لم يطعن المشتري بعيب فصالحه البائع من كل عيب على شيء فالصلح جائز، لأنه وإن لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لإبطال هذا الحق. ولو خاصمه في ضرب من العيوب نحو الشجاج والقروح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب غيره كان له أن يخاصمه فيه، لأن الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره.

ولو اشترى شيئاً من امرأة فظهر به عيب فصالحته على أن تتزوجه فهو جائز وهذا إقرار منها بالعيب، فإن كان يبلغ أرش العيب عشرة دراهم فهو مهرها، وإن كان أقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم، لأن أرش العيب لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر، فإذا نكحت نفسها فقد أقرت بالعيب. وكذلك لو

اشترى شيئاً بأرش عيب كان إقراراً بالعيب، لأن الشراء معاوضة فالإقدام عليه يكون إقراراً بالعيب، بخلاف الصلح حيث لا يكون إقراراً بالعيب، لأن الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح إسقاطاً، فلا يصح دليلاً على الإقرار بالشك والاحتمال.

ولو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة فقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيده في ثمن الآخر درهماً فالرد جائز وزيادة الدرهم باطل عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: لا يجوز شيء من ذلك.

وجه قوله: إن الرد بالعيب فسخ، والفسخ بيع جديد بمنزلة الإقالة والبيع تبطله الشروط الفاسدة.

وجه قولهما: إن هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وإنه باطل، لأن الزيادة تلحق بأصل العقد وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لأنه في معنى القمار، فكذا الزيادة عليه، فأما الرد ففسخ العقد وإنه يحتمل الشرط فجائز.

ولو ادعى على امرأة نكاحاً فجحدت فصالحها على مائة درهم على أن تقر له بالنكاح فأقرت فهو جائز وتجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها، لأن إقرارها بالنكاح محمول على الصحة.

ولو ادعى على إنسان ألفاً وأنكر المدعي فصالحه على مائة درهم على أن يقر له بالألف فهو باطل، لأن المدعي لا يخلو إما أن يكون صادقاً في دعواه وإما أن يكون كاذباً فيها، فإن كان صادقاً فيها فالألف واجبة على المدعى عليه ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة وإنه حرام، وإن كان كاذباً في دعواه فإقرار المدعى عليه بالألف التزام المال ابتداء وهذا لا يجوز.

ولو قال لامرأة: أعطيتك مائة درهم على أن تكوني امرأتي ففعلت ذلك فهو جائز إذا كان بمحضر من الشهود ويجعل كناية عن إنشاء النكاح، وكذا لو قال: تزوجتك أمس على ألف درهم فجحدت، فقال: أزيدك مائة على أن تقري لي بالنكاح فأقرت جاز ولها ألف ومائة ويحمل إقرارها على الصحة والله أعلم، هذا الذي ذكرنا إذا كان الصلح بين المدعي والمدعى عليه.

وأما إذا كان بين المدعي والأجنبي المتوسط أو المتبرع فلا يخلو إما إن كان ذلك بأمر المدعى عليه أو بغير أمره، فإن كان بأمره يصح لأنه وكيل عنه والصلح مما يحتمل التوكيل به، وإن كان بغير أمره فهو صلح الفضولي، وإنه على خمسة أوجه:

أحدها: أن يضيف الضمان إلى نفسه بأن يقول للمدعي صالحتك أو أصالحك من دعواك هذه على فلان على ألف درهم على أني ضامن لك الألف أو على أن عليّ الألف.

والثاني: أن يضيف المال إلى نفسه بأن يقول على ألفي هذه أو على عبدي هذا.

والثالث: أن يعين البدل وإن كان لا ينسبه إلى نفسه بأن يقول عليّ هذه الألف أو عليّ هذا العبد.

والرابع: أن يسلم البدل، وإن لم يعين ولم ينسب، بأن قال صالحتك: على ألف وسلمها إليه.

والخامس: أن لا يفعل شيئاً من ذلك بأن يقول صالحتك على ألف درهم أو على عبد وسط ولم يزد

عليه، ففي الوجوه الأربعة يصح الصلح لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾[(١)] وهذا خاص في صلح المتوسط. وقوله عز شأنه: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[(٢)] وهذا عام في جميع أنواع الصلح لدخول الألف واللام على الصلح وإنهما لاستغراق الجنس، ولأنه بالصلح في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع بإسقاط الدين على الغير بالقضاء من مال نفسه إن كان الصلح عن إقرار، وإن كان عن إنكار بإسقاط الخصومة فيصح تبرعه، كما إذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداء، ومتى صح صلحه يجب عليه تسليم البدل في الوجوه الثلاثة، وليس له أن يرجع على المدعى عليه، لأن التبرع بقضاء الدين لا يطلق الرجوع على ما نذكره في فصل الحكم إن شاء الله تعالى.

وأما في الوجه الخامس: فموقوف على إجازة المدعى عليه، لأن انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتمكين لا يمكن حمله على التبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه فلا يكون متصرفاً على نفسه بل على المدعى عليه فيقف على إجازته، فإن أجاز نفذ ويجب البدل عليه دون المصالح، لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة.

ولو كان وكيلاً من الابتداء لنفذ تصرفه على موكله فكذلك إذا التحق التوكيل بالإجازة، وإن رده بطل لأن التصرف على الإنسان لا يصح من غير إذنه وإجازته، ثم إنما يصح صلح الفضولي إذا كان حراً بالغاً فلا يصح صلح العبد المأذون والصبي لأنهما ليس من أهل التبرع، وكذا الخلع من الأجنبي على هذه الفصول التي ذكرنا، بأن كان بإذن الزوج أو المرأة يصير وكيلاً ويجب المال على المرأة دون الوكيل.

وإن كان بغير إذنهما فهو على الفصول التي ذكرنا في الصلح، وكذلك الزيادة في الثمن من الأجنبي على هذا التفصيل إن كان بإذن المشتري يكون وكيلاً ويجب على المشتري، وإن كان بغير إذنه فعلى ما ذكرنا من الفصول.

وكذلك العفو والصلح عن دم العمد من الأجنبي على هذه الفصول.

ثم لا يخلو إما إن صالح على المفروض أو على غير المفروض بمقدار المفروض أو بأكثر منه قبل تعيين القاضي أو بعده على ما تقدم.

والأصل فيه أنه يجوز من صلح الأجنبي ما يجوز من صلح القاتل وما لا فلا.

وبيان ذلك: أنه إذا صالح الفضولي على خمسة عشر ألفا أو على ألفي دينار وضمن قبل تعيين القاضي الواجب على العاقلة جاز الصلح على عشر آلاف درهم وعلى ألف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا أن الفضولي بالصلح في مثل هذا الموضع متبرع بقضاء دين على المتبرع عليه وليس عليه إلا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة، كمن كان له على آخر ألف درهم دين فقضى عنه ألفين بغير أمره له أن يسترد الزيادة. هذا إذا صالح على المفروض فإن صالح على جنس آخر جاز لأن المانع من الجواز هو الربا ولا يجري في مختلفي الجنس. وكذلك لو صالح على مائتي بعير بعينها أو بغير عينها جاز صلحه على المائة لما أن القاتل لو فعل

(١) سورة الحجرات، الآية: (١٠).
(٢) سورة النساء، الآية: (١٢٨).

ذلك بنفسه لما جاز إلا على المائة فكذا الفضولي لما ذكرنا.

ثم إن كانت بغير أعيانها فالواجب عليه مائة من الإبل على الأسنان الواجبة في باب الدية لأن مطلق الإبل في هذا الباب ينصرف إلى الواجب. وإن كانت بأعيانها فالواجب مائة منها والخيار إلى الطالب، لأن الرضا بالكل يكون رضاً بالبعض. فإن كان في أسنان الإبل نقصان عن أسنان الإبل الواجبة في باب الدية فللطالب أن يرد الصلح لأن صلح الطالب على الزيادة على المفروض محمول على أن غرضه أنه لو ظهر نقصان في السن لا يجبر بزيادة العدد، فإذا لم تحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختل رضاه بالنقصان فأوجب حق النقص.

ولو صالح على مائة على أسنان الدية وضمنها فهو جائز ولا خيار للطالب، لأن الصلح على مائة على أسنان الدية استيفاء عين الحق، وإن كان القاضي عين الواجب فقضى عليه بالدراهم، فصالح المتوسط على ألفي دينار جاز ولا بد من القبض في المجلس كما فعله القاتل بنفسه لأنه صرف فيراعى شرائطه، والله أعلم.

فصل: وأما بيان حكم الصلح فنقول وبالله التوفيق: إنّ للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع، وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون البعض.

أما الأصلي: فهو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك، وهذا حكم لازم جنس الصلح.

فأما الدخيل: فأنواع: منها حق الشفعة للشفيع، وجملته أن المدعي لو كان داراً وبدل الصلح سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما، فإن كان الصلح عن إقرار المدعى عليه يثبت للشفيع فيها حق الشفعة، لأنه في معنى البيع من الجانبين فيجب حق الشفعة، وإن كان الصلح عن إنكار لا يثبت لأنه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه، بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين، لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعي فيدلي بحجته على المدعى عليه، فإن كانت للمدعي بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة، لأن بإقامة البينة تبين له أن الصلح كان في معنى البيع.

وكذلك إن لم تكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل، وإن كان بدل الصلح داراً والصلح عن إقرار المدعى عليه يثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعاً لما مر أن الصلح هنا في معنى البيع من الجانبين فصار كأنهما تبايعا داراً بدار فيأخذ شفيع كل دار الدار المشفوعة بقيمة الدار الأخرى.

وإن تصالحا على أن يأخذ المدعي الدار المدعاة ويعطي المدعى عليه داراً أخرى فإن كان الصلح عن إنكار وجبت فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لأن هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين، وإن كان الصلح عن إقرار لا يصح لأن الدارين جميعاً ملك المدعي لاستحالة أن يكون ملكه بدلاً عن ملكه، وإذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة. ولو صالح عن الدار على منافع لا تثبت الشفعة وإن كان الصلح عن إقرار لأن المنفعة ليست بعين مال فلا يجوز أخذ الشفعة بها وإن كان الصلح عن إنكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة، لأن الأخذ بالشفعة يستدعي كون المأخوذ مبيعاً في حق من يأخذ منه. لأن الصلح عن إنكار في جانب المدعي معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى البيع في حقه إذا

كان عيناً فكان للشفيع حق الأخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة، بل هو إسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة، إلا أن يدلي بحجة المدعي فيقيم البينة أو يحلف المدعى عليه فينكل على ما ذكرنا.

ومنها: حق الرد بالعيب وإنه يثبت من الجانبين جميعاً إن كان الصلح عن إقرار لأنه بمنزلة البيع.

وإن كان عن إنكار يثبت في جانب المدعي ولا يثبت في جانب المدعى عليه لأن هذا بمنزلة البيع في حقه لا في حق المدعى عليه، والعيب على المدعى عليه في دعواه، فإن أقام البينة أخذ حصة العيب وإن لم يثبت المدعى عليه حق الرد بالعيب لم يرجع في شيء.

وكذا لو استحق عليه الدار وقد بنى فيها بناء فنقض لا يرجع على المدعي بقيمة البناء، وكذا لو كان المدعي جارية فاستولدها لم يكن مغروراً ولا يرجع بقيمة الولد، لأن ما أخذه المدعي ليس بدل المدعي في حقه، إلا أنه إذا استحقت الدار المدعاة يرجع على المدعي بما أدى إليه، لأن المؤدي بدل الخصومة في حقه وقد تبين أنه لا خصومة له فيه فكان له حق الرجوع بالمؤدى ولو وجد ببدل الصلح عيباً فلم يقدر على رده للهلاك أو للزيادة أو للنقصان في يد المدعي، فإن كان الصلح عن إقرار يرجع على المدعى عليه بحصة العيب في المدعي وإن كان عن إنكار يرجع بحصة العيب على المدعى عليه في دعواه، فإن أقام البينة أخذ حصة العيب، وكذا إذا حلفه فنكل، وإن حلف فلا شيء عليه.

ومنها: الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح.

وفرق الطحاوي بينهما، والحق الرد في الصلح عن إنكار ببدل الصلح عن القصاص وبالمهر وبدل الخلع، والرد بخيار الرؤية غير ثابت في تلك العقود فكذا ههنا.

وفي كتاب الصلح أثبت حق الرد في النوعين جميعاً من غير فصل هو الصحيح لأن الخيار ثبت للمدعي فيستدعي كونه معاوضة عن حقه، وقد وجد، وكذلك الأحكام تشهد بصحة هذا على ما نذكر.

ومنها: أنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك، وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز، ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للمصالح أن يبيعه ويبرىء عنه قبل القبض. وكذلك المهر والخلع، والفرق أن المانع من الجواز في سائر المواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هنا، لأن الصلح عن القصاص بما لا يحتمل الانفساخ فلا حاجة إلى الصيانة بالمنع كالموروث.

وبذا تبين أن إلحاق العقد بالعقود التي هي مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير سديد.

ولو صالح عن القصاص على عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها، لأن الصلح لم ينفسخ فبقي وجوب التسليم، وهو عاجز عن تسليم العين للمصالح فيجب تسليم القيمة.

ومنها: أن الوكيل بالصلح إذا صالح ببدل الصلح يلزمه أو يلزم المدعى عليه فهذا في الأصل لا يخلو [illegible] إما أن يكون الصلح في معنى المعاوضة، وإما أن يكون في معنى استيفاء عين الحق، فإن كان

في معنى المعاوضة يلزمه دون المدعى عليه لأنه يكون جارياً مجرى البيع وحقوق البيع راجعة إلى الوكيل، وإن كان في معنى استيفاء عين الحق فهذا على وجهين أيضاً: إما إن ضمن بدل الصلح، وأما إن لم يضمن، فإن لم يضمن لا يلزمه لأنه يكون سفيراً بمنزلة الرسول فلا ترجع إليه الحقوق، وإن ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد.

وأما الفضولي: فإن نفذ صلحه فالبدل عليه ولا يرجع به على المدعى عليه لأنه متبرع، وإن وقف صلحه فإن رده المدعى عليه بطل ولا شيء على واحد منهما، وإن أجازه جاز والبدل عليه دون الفضولي.

فصل: وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق: ما يبطل به الصلح أشياء منها: الإقالة فيما سوى القصاص، لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتملاً للفسخ كالبيع ونحوه.

فأما في القصاص فالصلح فيه إسقاط محض لأنه عفو والعفو إسقاط فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه.

ومنها: لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة، بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده على الإسلام أو اللحوق بدار الحرب والموت، فإن أسلم نفذ وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي به أو قتل أو مات على الردة، تبطل وعندهما: نافذة، والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب يبطل من صلحها ما يبطل من صلح الحربية، لأن حكمها حكم الحربية، والمسألة تعرف في موضعها إن شاء الله تعالى.

ومنها: الرد بخيار العيب والرؤية لأنه يفسخ العقد لما علم.

ومنها: الاستحقاق وأنه ليس إبطالاً حقيقة بل هو بيان أن الصلح لم يصح أصلاً لا أنه بطل بعد الصحة إلا أنه إبطال من حيث الظاهر لنفاذ الصلح ظاهراً فيجوز إلحاقه بهذا القسم لكنه ليس بإبطال حقيقة فكان إلحاقه بأقسام الشرائط على ما ذكرنا أولى وأقرب إلى الصناعة والفقه فكان أولى.

ومنها: هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لأنه بمعنى الإجارة وأنها تبطل بموت أحد المتعاقدين، وأما هلاك ما وقع الصلح على منفعته هل يوجب بطلان الصلح؟

فلا يخلو إما إن كان حيواناً كالعبد والدابة أو غير حيوان كالدار والبيت، فإن كان حيواناً لا يخلو إما إن هلك بنفسه أو باستهلاك، فإن هلك بنفسه يبطل الصلح إجماعاً، وإن هلك باستهلاك فلا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن استهلكه أجنبي، وأما إن استهلكه المدعى عليه، وأما إن استهلكه المدعي، فإن استهلكه أجنبي بطل الصلح عند محمد، وقال أبو يوسف: لا يبطل ولكن للمدعي الخيار إن شاء نقض الصلح وإن شاء اشترى له بقيمته عبداً يخدمه إلى المدة المضروبة.

وجه قول محمد: إن الصلح على المنفعة بمنزلة الإجارة، لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض وقد

وجد، ولهذا ملك إجارة العبد من غيره بمنزلة المستأجر في باب الإجارة، والإجارة تبطل بهلاك المستأجر، سواء هلك بنفسه أو باستهلاكه، كذا هذا.

وجه قول أبي يوسف: إن هذا صلح فيه معنى الإجارة، وكما أن معنى المعاوضة لازم في الإجارة، فمعنى استيفاء عين الحق أصل في الصلح، فيجب اعتبارهما جميعاً ما أمكن، ومعلوم أنه لا يمكن استيفاء الحق من المنفعة لأنها ليست من جنس المدعى فيجب تحقيق معنى الاستيفاء من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك إلا بعد ثبوت الملك له فيها فتجعل كأنها ملكه في حق استيفاء حقه منها، وبعد القتل إن تعذر الاستيفاء من عينها يمكن من بدلها فكان له أن يستوفي من البدل بأن يشتري له عبداً فيخدمه إلى المدة المشروطة وله حق النقض أيضاً لتعذر محل الاستيفاء، وإن استهلكه المدعى عليه بأن قتله أو كان عبداً فأعتقه يبطل الصلح أيضاً، وقيل: هذا قول محمد.

فأما على أصل أبي يوسف: فلا يبطل وتلزمه القيمة ليشتري له به عبداً آخر يخدمه إلى المدة المشروطة، كما إذا قتله أجنبي، وكالراهن إذا قتل العبد المرهون أو أعتقه، وهذا لأن رقبة العبد وإن كانت مملوكة للمدعى عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعي لتعلق حقه بها فتجب رعايتهما جميعاً بتنفيذ العتق ويضمن القيمة كما في الرهن.

وكذا لو استهلكه المدعي بطل الصلح عند محمد، وعند أبي يوسف: لا يبطل وتؤخذ من المدعي قيمة العبد ويشتري عبداً آخر يخدمه، وهل يثبت الخيار للمدعي في نقض الصلح على مذهبه؟ فيه نظر. هذا إذا كان الصلح على منافع الحيوان. فأما إذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بأن انهدم أو باستهلاك بأن هدمه غيره لا يبطل الصلح ولكن لصاحب السكنى وهو المدعي الخيار إن شاء بناه صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه إلى المدة المضروبة، وإن شاء نقض الصلح ولا يتعذر هنا خلاف محمد، لأن إجارة العبد تبطل بموته بالإجماع، وإجارة الدار لا تبطل بإنهدامها ولصاحب الدار أن يبنيها مرة أخرى في بعض إشارات الروايات عن أصحابنا على ما مر في الإجارات.

ولو تصالحا عن إنكار المدعى عليه على مال ثم أقر المدعى عليه بعد الصلح لا ينفسخ الصلح، لأن الإقرار مبين أنَّ الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان مقراً للصلح لا مبطلاً له، ولو أقام المدعي البينة بعد الصلح لا تسمع بينته إلا إذا ظهر ببدل الصلح عيب وأنكر المدعى عليه فأقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بينته وتبين إن للصلح الماضي حكم الصلح عن إقرار المدعى عليه، فكل حكم ثبت في ذلك ثبت في هذا.

فصل: وأما بيان حكم الصلح إذا بطل بعد صحته أو لم يصح أصلاً فهو أن يرجع المدعي إلى أصل دعواه إن كان الصلح عن إنكار، وإن كان عن إقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعي لا غيره. إلا أن في الصلح عن قصاص إذا لم يصح كان له أن يرجع على القاتل بالدية دون القصاص، إلا أن يصير مغروراً من جهة المدعى عليه فيرجع عليه بضمان الغرور أيضاً.

وبيان هذه الجملة: أنهما إذا تقايلا الصلح فيما سوى القصاص أو رد البدل بالعيب وخيار الرؤية يرجع المدعي بالمدعى إن كان عن إقرار، وإن كان عن إنكار يرجع إلى دعواه، لأن الإقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية فسخ للعقد وإذا فسخ جعل كأن لم يكن فعاد الأمر على ما كان من قبل.

وكذا إذا استحق لأن بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح لفوات شرط الصحة فكأنه لم يوجد أصلاً، فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة، إلا أن في الصلح عن القصاص عن إقرار لا يرجع بالمدعى وإن فات شرط الصحة، لأن صورة الصلح أورثت شبهة في درء القصاص، والقصاص لا يستوفى مع الشبهة فسقط لكن إلى بدل وهو الدية.

فأما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيما يمكن استيفاؤه مع الشبهة فأمكن الرجوع بالمدعى، ولا يرجع بشيء آخر إلا إذا صار مغروراً من جهة المدعى عليه بأن كان بدل الصلح جارية فقبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها وأخذها وأخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فإنه يرجع على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد إن كان الصلح عن إقرار لأنه صار مغروراً من جهته.

وإن كان الصلح عن إنكار يرجع إلى دعواه لا غير فإن أقام البينة على صحة دعواه أو حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع بما ادعى وبقيمة الولد، لأنه تبين أنه كان مغروراً فيرجع عليه بضمان الغرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح لأن العقر بدل المنفعة المستوفي فكان عليه العقر.

وإن كان الصلح عن القصاص في النفس أو ما دونها فصالح على جارية فاستولدها ثم استحقت فإنه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد إن كان الصلح عن إقرار ولا يرجع بالعقر لما ذكرنا.

وإن كان الصلح عن إنكار يرجع إلى دعواه لا غير فإن أقام البينة أو حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا، وإن حلف لا يرجع بشيء أو صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد أو وجد به عيباً فرده حتى بطل الصلح لا سبيل للمدعى على المتوسط ولكنه يرجع بالمدعي إن كان الصلح عن إقرار، وإن كان عن إنكار يرجع إلى دعواه، لأن المتوسط بهذا الصلح لا يضمن سوى تسليم العبد المعين.

ولو صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها إليه ثم استحقت أو وجدها زيوفاً له أن يرجع على المصالح المتوسط، لأنه بالضمان التزم تسليم الجارية وسلامة المضمون، ولو استحقت الدار المدعاة بعد الصلح عن إقرار أو عن إنكار كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع.

أما في موضع الإقرار فلا شك فيه، لأن المأخوذ عوض في حقهما جميعاً. وأما في موضع الإنكار فلأن المأخوذ عوض في حق المدعي عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه. وهذا إذا استحق كل الدار، فأما إذا استحق بعضها فإن كان ادعى جميع الدار يرجع بحصة ما استحق لفوات

بعض ما هو عوض عن المستحق، وإن كان ادعى فيها حقاً لم يرجع بشيء لجواز أن يكون المدعي ما وراء المستحق.

وإذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين وغير ذلك في أثناء المدة فإن كان الصلح عن إقرار رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة، وإن كان عن إنكار رجع إلى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة.

ولو صالح عن القصاص على دن من خمر فإذا هو خل، أو على عبد فإذا هو حر فهو على الاختلاف الذي عرف في باب النكاح إلا أن فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هنا وفيما تجب القيمة لرجل مثله هناك يجب ذاك هنا ولا يشبه هذا ما إذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم بأنه خمر أنه لا يجب شيء وههنا يجب شيء، لأن هناك صار مغروراً من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل وكل من غر غيره في شيء يكون ملتزماً ما يلحقه من العهدة فيه، فإذا ظهر الأمر بخلافه كان له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان، ومعنى الغرور لا يتقدر عنه علمه بحال المسمى فتبقى لفظة الصلح كناية عن العفو وأنه مسقط للحق أصلاً فهو الفرق بين الأمرين والله عز وجل أعلم.

كتاب الشركة

الشركة في الأصل نوعان: شركة الأملاك وشركة العقود، وشركة الأملاك نوعان: نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع يثبت بغير فعلهما.

أما الذي يثبت بفعلهما فنحو أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك.

وأما الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث بأن ورثا شيئاً فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك.

وأما شركة العقود: فالكلام فيها يقع في مواضع/ : في بيان أنواعها وكيفية كل نوع منها وركنه، وفي [ب/١٠٩/م] بيان شرائط ركنه، وفي بيان حكم الشركة، وفي بيان صفة عقد الشركة، وفي بيان ما يبطل العقد.

أما الأول فشركة العقود أنواع ثلاثة: شركة بالأموال وشركة بالأعمال وتسمى شركة الأبدان وشركة الصانع وشركة بالتقبل وشركة بالوجوه.

أما الأول وهو الشركة بالأموال: فهو أن يشترك اثنان في رأس مال فيقولان: اشتركنا فيه على أن نشتري ونبيع معاً أو شتى أو أطلقا على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا، أو يقول أحدهما ذلك ويقول الآخر: نعم، ولو ذكرا الشراء دون البيع، فإن ذكرا ما يدل على شركة العقود بأن قالا: ما اشترينا فهو بيننا أو ما اشترى أحدنا من تجارة فهو بيننا يكون شركة لأنهما لما جعلا ما اشتراه كل واحد بينهما علم أنهما أرادا به الشركة لا الوكالة لأن الوكيل لا يوكل موكله عادة. وإذا لم يكن وكالة لا تقف صحته على ما تقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان الجنس أو النوع أو قدر الثمن، بل يصح من غير بيان شيء من ذلك إن لم يذكرا الشراء والبيع ولا ما يدل على شركة العقود بأن قال رجل لغيره: ما اشتريت من شيء فبيني وبينك أو قال: فبيننا وقال الآخر: نعم، فإن أراد بذلك أن يكونا بمعنى شريكي التجارة كان شركة حتى تصح من غير بيان جنس المشتري ونوعه وقدر الثمن، كما إذا نصا على الشراء والبيع، وإن أرادا به أن يكون المشتري بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكي التجارة بل يكون المشترى بينهما بعينه، كما إذا أورثا أو وهب لهما كان وكالة لا شركة، فإن وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة وإلا فلا وهو بيان جنس المشترى وبيان نوعه أو مقدار الثمن في الوكالة الخاصة، وهي أن لا يفوض الموكل الرأي إلى الوكيل بأن يقول: ما اشتريت لي من عبد تركي أو جارية رومية فهو جائز، أو ما اشتريت لي من عبد أو جارية بألف درهم فهو جائز أو بيان الوقت أو قدر الثمن أو جنس المشترى في الوكالة العامة، بأن يقول: ما اشتريت لي من شيء اليوم أو شهر كذا أو سنة كذا فهو جائز، أو قال: ما اشتريت لي من شيء بألف درهم فهو جائز، أو ما

اشتريت لي من البز والخز فهو جائز، وإنما كان كذلك لأن مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا بد من النية. فإن نويا به الشركة كان شركة في عموم التجارات، لأن الأصل في الشركة العموم، لأن المقصود منها تحصيل الربح، وهذا المقصود لا يحصل إلا بتكرار التجارة مرة بعد أخرى ولا يشترط لها بيان شيء مما ذكرنا، لأن ذلك ليس بشرط لصحة الشركة.

وإن نويا به الوكالة كان وكالة ويقف صحتها على شرائطها من الخاصة أو العامة لأن مبنى الوكالة على الخصوص، لأن المقصود منها تملك العين لا تحصيل الربح منها فلا بد فيها من التخصيص ببيان ما ذكرنا إلا أنه يكتفي في الوكالة العامة ببيان أحد الأشياء التى وصفنا، لأنه لما عممها بتفويض الرأي فيها إلى الوكيل فقد شبهها بالشركة فكان في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة والخصوص أصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص، فإن أتى بشيء مما ذكرنا جازت وإلا بطلت قال بشر: سمعت أبا يوسف يقول في رجل قال لرجل: ما اشتريت اليوم من شيء فبيني وبينك نصفين، فقال الرجل نعم، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: هذا جائز، وكذلك قال أبو يوسف، وكذلك إن وقت مالاً ولم يؤقت يوماً، وكذا إن وقت صنفاً من الثياب وسمى عدداً أو لم يسم ثمناً ولا يوماً.

وإن قال: ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك ولم يسم شيئاً مما ذكرنا، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا يجوز، وكذلك قال أبو يوسف لما ذكرنا أنه لما لم يذكر البيع ولا ما يدل على شركة العقود علم أنها وكالة فلا تصح إلا بضرب من التخصيص على ما بينا.

وذكر محمد في «الأصل» في رجلين اشتركا بغير مال على أن ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا صنفاً من الأصناف أو عما لو يخصا فهو جائز. وكذلك إن لم يوقتا للشركة وقتاً كان هذا جائزاً لأنهما لما جعلا ما يشتريه كل واحد بينهما دل على أنها شركة وليست بوكالة، لأن الوكالة لا تكون من الجانبين عادة، وإذا كان شركة فالشركة لا تحتاج إلى التخصيص.

قال: وإن أشهد أحدهما أن ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه فكلما اشتريا شيئاً فهو بينهما، لأن الشركة لما صحت كان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه فهو بالإشهاد أنه يشتري لنفسه يريد إخراج نفسه من الوكالة بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك.

وأما الشركة بالأعمال: فهو أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما فيقولا اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله عز وجل من أجرة فهي بيننا على شرط كذا.

وأما الشركة بالوجوه: فهو أن يشتركا وليس لهما مال لكن لهما وجاهة عند الناس فيقولا: اشتركنا على أن نشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن ما رزق الله سبحانه وتعالى من ربح فهو بيننا على شرط كذا، وسمي هذا النوع شركة الوجوه لأنه لا يباع بالنسيئة إلا الوجيه من الناس عادة، ويحتمل أنه سمي بذلك لأن كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعهما بالنسيئة، ويدخل في كل واحد من الأنواع الثلاثة العنان والمفاوضة ويفصل بينهما بشرائط تختص بالمفاوضة نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا إنها جائزة عناناً كانت أو مفاوضة.

وقال الشافعي رحمه الله: شركة الأعمال والوجوه لا جواز لها أصلاً ورأساً[١].

وأما شركة الأموال: فتجوز فيها العنان ولا تجوز فيها المفاوضة.

وقال مالك رحمه الله: لا أعرف المفاوضة، وقيل: في اشتقاق العنان إنه مأخوذ من العن وهو الإعراض، يقال عَنّ لي، أي اعترض وظهر.

قال امرؤ القيس:

فعـــن لنـــا شـــرب كـــأن نعـــاجـــه عـــذارى دوار فـــي مـــلاء مـــدبـــل[٢]

سمي هذا النوع مثل الشركة عناناً لأنه يقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات أو في بعضها دون بعض، وعند تساوي المالين أو تفاضلهما، وقيل: هو مأخوذ من عنان الفرس أن يكون بإحدى يديه ويده الأخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء، فسمي هذا النوع من الشركة له عناناً، لأنه لا يكون إلا في بعض الأموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء، أو لأن كل واحد منهما جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه. وكان أهل الجاهلية يتعاطون هذه الشركة قال النابغة[٣]:

وشـــاركنـــا قـــريشـــاً فـــي بقـــاهـــا وفـــي أحســـابهـــا شـــرك العنـــان

وأما المفاوضة فقد قيل: إنها المساواة في اللغة.

قال القائل وهو العبدي[٤]:

يهـدي الأمـور بـأهـل الـرأي مـا صلحـت فـإن تـولـت فبـالأشـرار تنقـاد

لا يصلـح النـاس فـوضـى لا سـراة لهـم ولا سـراة إذا جهـالهـم سـادوا

سمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك على ما نذكر، وقيل هي من التفويض لأن كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على كل حال.

وأما الكلام في شركة الأعمال والوجوه، فوجه قول الشافعي رحمه الله: أن الشركة تنبيء عن الاختلاط، ولهذا شرط الخلط لجواز الشركة ولا يقع الاختلاط إلا في الأموال، وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في هذين النوعين لأنها وضعت لاستنماء المال بالتجارة، لأن نماء المال بالتجارة والناس في الاهتداء إلى التجارة مختلفون بعضهم أهدى من البعض فشرعت الشركة لتحصيل غرض الاستنماء ولا بد من أصل

---

(١) كما في «الأم» (٣/ ٢٣١) حيث قال: «شركة المفاوضة باطل ولا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً إن لم شركة المفاوضة باطلاً». وانظر «مختصر المزني» صفحة (١٠٩) و «المهذب» (١/ ٣٥٣) و «المنهاج» صفحة (٦٣) و «نهاية المحتاج» (٥/ ٤).

(٢) امرؤ القيس بن جحش الكندي من بني أكل المرار أشهر سفراء العرب على الاطلاق ولد نحو سنة (١٣٠) ق. هـ وتوفي نحو سنة (٨٠) ق. هـ انظر الإعلام (٢/ ١١ ـ ١٢).

(٣) النابغة: هو زياد بن معاوية بن ضباب الذبياني الغطفاني المضري أبو أمامة: شاعر جاهلي من أهل الحجاز. كانت تضرب له قبة من جلد أحمر بسوق عكاظ فتقصده الشعراء فتعرض عليه أشعارها وكان الأعشى وحسان والخنساء ممن يعرض شعره على النابغة وهو أحد الأشراف في الجاهلية توفي نحو سنة (١٨) ق. هـ انظر الأعلام (٣/ ٥٤ ـ ٥٥).

(٤) العبدي: هو الحارث بن مرة: قائد، له ذكر في فتوح السفر قتل سنة (٤٢) هـ في «القبضات» ما يلي خراسان من بلاد السند انظر الأعلام (٢/ ١٥٧).

يستنمي ولم يوجد في هذين النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز.

ولنا: إن الناس يتعاملون بهذين النوعين في سائر الأعصار من غير إنكار عليهم من أحد. قال عليه الصلاة والسلام: «لاَ تَجْتَمِعُ أُمتي على ضَلالةٍ»[١] ولأنهما يشتملان على الوكالة، والوكالة جائزة، والمشتمل على الجائز جائز. وقوله: إن الشركة شرعت لاستنماء المال فيستدعي أصلاً يستنمي، فنقول: الشركة بالأموال شرعت لتنمية المال، وأما الشركة بالأعمال أو بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل أصل المال. والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته، فلما شرعت لتحصيل الوصف، فلأن تشرع لتحصيل الأصل أولى.

وأما الكلام في الشركة بالأموال، فأما العنان فجائز بإجماع فقهاء الأمصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير، «وما رآه المسلمونَ حسناً فهو عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»[٢] ولما روي أن أسامة بن شريك جاء إلى رسول الله ﷺ فقال أتعرفني؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «وكَيفَ لا أَعْرِفُك وَكُنْتَ شريكي وِنِعْمَ الشَّرِيكَ، لا تُداري ولا تُماري»[٣] وأدنى ما يستدل بفعله عليه السلام الجواز.

وكذا بعث رسول الله ﷺ والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم على ذلك حيث لم ينههم ولم ينكر عليهم، والتقرير أحد وجوه السنة، ولأن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم إلى استنماء المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعاً، ولأنه يشتمل على الوكالة، والوكالة جائزة إجماعاً.

وأما المفاوضة، فأما قول مالك رحمه الله: لا أعرف ما المفاوضة، فإن عنى به لا أعرف معناها في اللغة فقد بينا معناها في اللغة إنها عبارة عن المساواة، وإن عنى به لا أعرف جوازها، فقد عرفنا رسول الله ﷺ الجواز بقوله عليه الصلاة والسلام: «تَفَاوضُوا فَإنّه أَعْظمُ للبَرَكَةِ»[٤] ولأنها مشتملة على أمرين جائزين: وهما الوكالة والكفالة، لأن كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد. وكذا حالة الاجتماع كالعنان، ولأنها طريق استنماء المال أو تحصيله والحاجة إلى ذلك متحققة فكانت جائزة كالعنان.

وأما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله: إن المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم، والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة بمجهول وإنها غير صحيحة حالة الانفراد، فكذا التي تتضمنها المفاوضة.

ودليلنا على الجواز ما ذكرنا مع مالك رحمه الله.

وأما قوله: المكفول له مجهول فنعم، لكن هذا النوع من الجهالة في عقد الشركة عفو، وإن لم يكن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٤٢٥).
والنسائي في «عمل اليوم والليلة» برقم (٣١٢).
وابن ماجة في «سننه» برقم (٢٢٨٧).
عن السائب بن أبي السائب لا أسامة بن شريك فلعله وهم من نقلا عنه «المصنف».

(٤) قال العيني: «هذا غريب ليس له أصل» انظر «البناية» (٦/ ٨١).

عفواً حالة الانفراد، كما في شركة العنان فإنها تشتمل على الوكالة العامة، وإن كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد، وكذا المضاربة تتضمن وكالة عامة وإنها صحيحة.

وإن كانت الوكالة العامة لا تصح من غير بيان حالة الانفراد فكذا هذا. وكان المعنى في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصوداً بل ضمناً للشركة، وقد يثبت الشيء ضمناً وإن كان لا يثبت قصداً، ويشترط للثابت مقصوداً ما لا يشترط للثابت ضمناً وتبعاً كعزل الوكيل ونحو ذلك.

فصل: وأما بيان شرائط جواز هذه الأنواع فلجوازها شرائط بعضها يعم الأنواع كلها، وبعضها يخص البعض دون البعض.

أما الشرائط العامة فأنواع: منها أهلية الوكالة لأن الوكالة لازمة في الكل وهي أن يصير كل واحد منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الأعمال؛ لأن كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع وتقبل الأعمال مقتضى عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن إذن فيشترط فيها أهلية الوكالة لما علم في كتاب الوكالة.

ومنها: أن يكون الربح معلوم القدر، فإن كان مجهولاً تفسد الشركة، لأن الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد، كما في البيع والإجارة.

ومنها: أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً، فإن عينا عشرة أو مائة أو نحو ذلك كانت الشركة فاسدة، لأن العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة لجواز أن لا يحصل من الربح إلا القدر المعين لأحدهما فلا يتحقق الشركة في الربح.

وأما الذي يخص البعض دون البعض فيختلف.

أما الشركة بالأموال فلها شروط. منها: أن يكون رأس المال من الأثمان المطلقة، وهي التي لا تتعين بالتعيين في المفاوضات على كل حال، وهي الدراهم والدنانير، عناناً كانت الشركة أو مفاوضة عند عامة العلماء، فلا تصح الشركة في العروض.

وقال مالك رحمه الله: هذا ليس بشرط، وتصح الشركة في العروض، والصحيح قول العامة، لأن معنى الوكالة من لوازم الشركة، والوكالة التي يتضمنها الشركة لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير، فإن من قال لغيره بع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز، وإذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات الشركة لم تجز الشركة.

ولو قال له: اشتر بألف درهم من مالك على أن يكون ما اشتريته بيننا جاز. ولأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة، لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها والقيمة مجهولة لأنها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولاً فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة، وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير لأن رأس المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يؤدي إلى جهالة الربح، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن، والشركة في العروض تؤدي إلى ربح ما لم يضمن،

لأن العروض غير مضمونة بالهلاك، فإن من اشترى شيئاً بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر. لأن العروض تتعين بالتعيين فيبطل البيع، فإذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها تؤدي إلى ربح ما لم يضمن وإنه منهي، بخلاف الدراهم والدنانير فإنها مضمونة بالهلاك، لأنها لا تتعين بالتعيين فالشركة فيها لا تؤدي إلى ربح ما لم يضمن، بل يكون ربح ما ضمن.

والحيلة في جواز الشركة في العروض وكل ما يتعين بالتعيين أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين وتحصل شركة ملك بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فتجوز بلا خلاف.

ولو كان من أحدهما دراهم ومن الآخر عروض فالحيلة في جوازه أن يبيع صاحب العروض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا جميعاً حتى تصير الدراهم بينهما والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز.

وأما التبر فهل يصلح رأس مال الشركة؟ ذكر في كتاب الشركة وجعله كالعروض، وفي كتاب الصرف جعله كالأثمان المطلقة لأنه قال فيه: إذا اشترى به فهلك لا ينفسخ العقد، والأمر فيه موكول إلى تعامل الناس، فإن كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الأثمان المطلقة فتجوز الشركة بها، وإن كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ولا تجوز فيها الشركة.

وأما الفلوس فإن كانت كاسدة فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بها لأنها عروض، وإن كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: تجوز، والكلام فيها مبني على أصل، وهو أن الفلوس الرائجة ليست أثماناً على كل حال عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنها تتعين بالتعيين في الجملة وتصير مبيعاً بإصلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلس بالفلسين بأعيانها عندهما.

فأما إذا لم تكن أثماناً مطلقة لاحتمالها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض، وعند محمد: الثمنية لازمة للفلوس النافقة فكانت من الأثمان المطلقة، ولهذا أبى جواز بيع الواحد منها باثنين فتصلح رأس مال الشركة كسائر الأثمان المطلقة من الدراهم والدنانير.

وروي عن أبي يوسف: أنه تجوز الشركة بالفلوس، ولا تجوز المضاربة. ووجهه: أن المانع من جواز المضاربة جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لأنه لا بد من تعيين رأس المال عند القسمة، فإذا كسدت صار رأس المال قيمة والقيمة مجهولة لأنها تعرف بالحزر والظن، وهذا المعنى لا يوجد في الشركة، لأنهما عند الكساد يأخذان رأس المال عدداً لا قيمة فكان الربح معلوماً.

وأما الشركة بالمكيلات والموزونات التي ليست بأثمان مطلقة والعدديات المتقاربة التي لا تتفاوت فلا تجوز قبل الخلط في قولهم جميعاً، لأنها إنما تتعين بالتعيين إذا كانت عيناً فكانت كالعروض، ولأن الوكالة التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط، ألا يرى أنه لو قال آخر قبل الخلط بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يجز، وسواء كانت الشركة من جنسين أو من جنس واحد.

وأما بعد الخلط فإن كانت الشركة في جنسين مختلفين لا تجوز في قولهم جميعاً لأن الحنطة إذا خلطت

بالشعير خرجت من أن تكون ثمناً، بدليل أن مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها. وإن كانت من جنس واحد فكذلك عند أبي يوسف لا تصح، . وإنما تصير شركة ملك، وعند محمد: تصح الشركة فيها بعد الخلط. وفائدة الاختلاف تظهر فيما إذا كان المكيل نصفين وشرطا الربح أثلاثاً فخلطاه واشتريا به.

فعلى قول أبي يوسف: الربح بينهما على قدر المالين نصفين، وعلى قول محمد على ما شرطا، فقول أبي يوسف مطرد على الأصل الذي ذكرنا أن المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست أثماناً على كل حال، بل تكون تارة ثمناً وتارة مبيعاً لأنها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس.

ووجه التخريج لمحمد: أن معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فأشبهت الدراهم والدنانير، بخلاف ما قبل الخلط، لأن الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا يصح فيها قبل الخلط، والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات وسائر الموزونات والعدديات المتقاربة على قول أبي يوسف أن يخلطا حتى تصير شركة ملك بينهما ثم يعقدا عليها عقد الشركة فيجوز عنده أيضاً.

ومنها: أن يكون رأس مال الشركة عيناً حاضراً لا ديناً ولا مالاً غائباً، فإن كان لا تجوز: عناناً كانت أو مفاوضة، لأن المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف، ولا يمكن في الدين ولا المال الغائب فلا يحصل المقصود، وإنما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد، لأن عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده، حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم فقال له اخرج مثلها واشتر بهما وبع فما ربحت يكون بيننا، فأقام المأمور البينة إنه فعل ذلك جاز. وإن لم يكن المال حاضراً من الجانبين عند العقد لما كان حاضراً عند الشراء، وهل يشترط خلط المالين، وهو خلط الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم؟ قال أصحابنا الثلاثة: لا يشترط، وقال زفر: يشترط، وبه أخذ الشافعي رحمه الله وعلى هذا الأصل يبنى ما إذا كان المالان من جنسين بأن كان لأحدهما دراهم والآخر دنانير أن الشركة جائزة عندنا خلافاً لهما، وكذلك إذا كانا من جنس واحد، لكن بصفتين مختلفتين كالصحاح مع المكسرة أو كانت دراهم أحدهما بيضاء والآخر سوداء، وعله ذلك في شركة العنان فهو على هذا الخلاف.

وروي عن زفر: أن الخلط شرط في المفاوضة لا في العنان، ولكن الطحاوي ذكر أنه شرط فيهما عند زفر.

وجه قوله: أن الشركة تنبيء عن الاختلاط، والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى الشركة، ولأن من أحكام الشركة أن الهلاك يكون من المالين، وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة، وهذا ليس من مقتضى الشركة.

ولنا: أن الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه، والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة.

وأما قوله: الشركة تنبيء عن الاختلاط فمسلم لكن على اختلاط رأسي المال أو على اختلاط الربح، فهذا مما لا يتعرض له لفظ الشركة فيجوز أن يكون تسميته شركة لاختلاط الربح لا لاختلاط رأس المال

واختلاط الربح يوجد وإن اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة، لأن الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة.

وأما ما هلك من أحد المالين قبل الخلط فإنما كان من نصيب صاحبه خاصة لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا تعتبر حتى لو هلك بعد الشراء بأحدهما كان الهالك من المالين جميعاً، لأنه هلك بعد تمام العقد.

وأما تسليم رأس مال كل واحد منهما إلى صاحبه وهو التخلية بين ماله وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة جميعاً وأنه شرط لصحة المضاربة، والفرق بينهما يذكر في كتاب المضاربة.

ومنها: ما هو مختص بالمفاوضة وهو أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة بأن يكونا حرين عاقلين لأن من أحكام المفاوضة أن كل ما يلزم لأحدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم الآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلا بد من أهلية الكفالة وشرائط أهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة.

ومنها: المساواة في رأس المال قدراً وهي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قدراً لم تكن مفاوضة، لأن المفاوضة تنبىء عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن، وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان أحدهما صحاحاً والآخر مكسرة أو كان أحدهما ألفاً بيضاء والآخر ألفاً سوداء وبينهما فضل قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة، لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد.

وروى إسماعيل بن حماد عن أبي يوسف: أن إحدى الألفين إذا كانت أفضل من الأخرى جاز وكانت مفاوضة، لأن الجودة في أموال الربا لا قيمة لها شرعاً عند مقابلتها بجنسها فسقط اعتبار الجودة فصار كأنهما على صفة واحدة، وهل تشترط المجانسة في رأس المال بأن يكون كل واحد منهما دراهم أو يكون كل واحد منهما دنانير.

فعلى الرواية المشهورة لا تشترط حتى لو كان أحدهما دراهم والآخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد أن استويا في القيمة، ولا خلاف في أنهما إذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة. وروي عن أبي حنيفة عليه الرحمة: أنه لا تكون مفاوضة وإن استويا في القيمة.

وجه هذه الرواية: أن عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة، لأن القيمة تعرف بالجزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف بالمساواة، والصحيح هو الرواية المشهورة لأنها من جنس الأثمان فكانت المجانسة ثابتة في الثمنية.

ومنها: أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة فإن كان لم تكن مفاوضة لأن ذلك يمنع المساواة، وإن تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة، وكذا المال الغائب لأن ما لا تنعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الأزواج والأولاد.

ومنها: المساواة في الربح في المفاوضة، فإن شرطا التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة.

ومنها: العموم في المفاوضة، وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة وهو المساواة، وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة: إنه لا تجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي، لأن الذمي يختص بتجارة لا يجوز ذلك للمسلم وهي التجارة في الخمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة وعند أبي يوسف: يجوز لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة، وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما في التجارة.

وأما مفاوضة المسلم والمرتد ذكر الكرخي: أنها غير جائزة، وكذا روى عيسى بن أبان عن أبي حنيفة رحمهم الله، لأن تصرفات المرتد متوقفة عنده لوقوف أملاكه فلا يساوي المسلم في التصرف فلا تجوز، كما لا تجوز بين المسلم والذمي.

وذكر محمد في «**الأصل**» وقال: قياس قول أبي يوسف أنه يجوز، يعني قياس قوله في الذمي.

ولأبي يوسف: أنه يفرق بينهما من حيث إن ملك المرتد ناقص لكونه على شرف الزوال. ألا ترى أن قاضياً لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاؤه، وإذا كان ناقص الملك والتصرف نزل بمنزلة المكاتب بخلاف الذمي. ولو فاوض مسلم مرتدة ذكر الكرخي إنها لا تجوز.

وقال القدوري رحمه الله: وهو ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد، لأن الكفر عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والكافر.

وأما أبو يوسف فالكفر عنده غير مانع وإنما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المرأة. وأما مفاوضة المرتدين أو شركتهما شركة العنان فذلك موقوف عند أبي حنيفة على ما أصله في عقود المرتد إنها موقوفة، فإن أسلما جاز عقدهما، وإن قتلا على ردتهما أو ماتا أو لحقا بدار الحرب بطل. وأما على قولهما: فشركة العنان جائزة لأن عقودهما نافذة. وأما مفاوضتهما فقد ذكر القدوري رحمه الله وقال: ينبغي أن لا يجوز.

أما عند أبي يوسف: فلأن نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب، وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا كالمكاتبين.

وأما عند محمد: فلأن المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت، وكفالة المريض مرض الموت لا تصح إلا من الثلث، والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الإطلاق، وإن شارك مسلم مسلماً ثم ارتد أحدهما، فإن قتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطلت الشركة، وإن رجع قبل ذلك فهما على الشركة، لأنه إذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب زالت أملاكه عند أبي حنيفة من حين ارتد فكأنه مات فبطلت شركته، وإن أسلم فقد زال التوقف وجعل كأن الردة لم تكن، ولهذا قال أبو حنيفة: إن المرتد منهما إذا أقر ثم قتل لم يلزم إقراره شريكه لأن الملك يحكم بزواله من وقت الردة فقد أقر بعد بطلان الشركة.

وأما على قولهما: فإقراره جائز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه، لأن الشركة عندهما إنما بطلت بالقتل أو باللحاق فكانت باقية قبل ذلك فنفذ تصرفه وإقراره ويكره للمسلم أن يشارك الذمي لأنه يباشر عقوداً لا تجوز في الإسلام فيحصل كسبه من محظور فيكره، ولهذا كره توكيل المسلم الذمي، ولو شاركه شركة عنان جاز كما لو وكله.

ومنها: لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا تصح شركة المفاوضة إلا بلفظ المفاوضة، وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها، والعوام قلما يقفون على ذلك، وهذه العقود في الأعم الأغلب تجري بينهم، فإن كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصح وإن لم يذكر لفظها لأن العبرة في العقود لمعانيها لا عين الألفاظ، وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عناناً، لأن المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان، ولأن فقد شرط في عقد إنما يوجب بطلانه إذا كان العقد ما يقف صحته عليه ولا يقف صحة العنان على هذه الشرائط ففقدانها لا يوجب بطلانه.

وأما شركة العنان فلا يراعى لها شرائط المفاوضة فلا يشترط فيها أهلية الكفالة حتى تصح ممن لا تصح كفالته من الصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب ولا المساواة بين رأسي المال فيجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ومع أن يكون لأحدهما مال آخر يجوز عقد الشركة عليه سوى رأس ماله الذي شاركه صاحبه فيه ولا أن يكون في عموم التجارات، بل يجوز عاماً، وهو أن يشتركا في عموم التجارات وخاصاً وهو أن يشتركا في شيء خاص كالبز والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك، لأن اعتبار هذه الشرائط في المفاوضات لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة، لأن اعتبارها في المفاوضة لدلالتها على شرائط مختصة بالمفاوضة، ولم يشترط في العنان فلا حاجة إلى لفظة المفاوضة ولا إلى لفظة العنان أيضاً، لأن كل أحد يقدر على لفظ يؤدي معناه، بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلاً ومتساوياً لما قلنا.

والأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال وإما بالعمل وإما بالضمان أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر لأن الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة، وأما بالعمل فإن المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك.

وأما بالضمان فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بضمان بقول النبي عليه الصلاة والسلام: «الخراجُ بالضَّمان»[1] فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له.

(١) أخرجه الشافعي في «المسند» برقم (٤٨١).
وأحمد في «المسند» (٦/٤٩)، (٨٠) و (١١٦) و (١٦١) و (٢٠٨) و (٢٣٧). وأبو داود في «سننه» في البيوع باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً برقم (٣٥٠٨ ـ ٣٥١٠).
والترمذي في «جامعه» في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً برقم (١٢٨٥) و (١٢٨٦) وقال: حسن صحيح.

والدليل عليه أن صانعاً تقبل عملاً بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أن كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح، فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق، بدليل أن من قال لغيره: تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيئاً من الربح لأنه لا مال ولا عمل ولا ضمان.

إذا عرف هذا فنقول: إذا شرطا الربح على قدر المالين متساوياً أو متفاضلاً فلا شك أنه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط، سواء شرطا العمل عليهما أو على أحدهما، والوضيعة على قدر المالين متساويا ومتفاضلا، لأن الوضيعة اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال.

وإن كان المالان متساويين فشرطا لأحدهما فضلاً على ربح، ينظر إن شرطا العمل عليهما جميعاً جاز والربح بينهما على الشرط في قول أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: لا يجوز أن يشترط لأحدهما أكثر من ربح ماله، وبه أخذ الشافعي رحمه الله[1]، ولا خلاف في شركة الملك أن الزيادة فيها تكون على قدر المال، حتى لو شرط الشريكان في ملك ماشية لأحدهما فضلاً من أولادها وألبانها لم تجز بالإجماع، والكلام بيننا وبين زفر بناء على أصل، وهو أن الربح عنده لا يستحق إلا بالمال لأنه نماء الملك فيكون على قدر المال كالأولاد والألبان.

وأما عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان على ما بينا وسواء عملا جميعاً أو عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما يكون على الشرط لأن استحقاق الربح في الشركة بالأعمال بشرط العمل لا بوجود العمل، بدليل أن المضارب إذا استعان برب المال استحق الربح، وإن لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه والوضيعة على قدر المالين لما قلنا.

وإن شرطا العمل على أحدهما، فإن شرطاه على الذي شرطا له فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط، فيستحق ربح رأس ماله بماله والفضل بعمله. وإن شرطاه على أقلهما ربحا لم يجز، لأن الذي شرطا له الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان، وقد بينا أن الربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء الثلاثة.

وإن كان المالان متفاضلين وشرطا التساوي في الربح فهو على هذا الخلاف أن ذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة إذا شرطا العمل عليهما وكان زيادة الربح لأحدهما على قدر رأس ماله بعمله وإنه جائز، وعلى قول زفر لا يجوز، ولا بد أن يكون قدر الربح على قدر رأس المالين عنده.

وإن شرطا العمل على أحدهما، فإن شرطاه على الذي رأس ماله أقل جاز ويستحق قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله، وإن شرطاه على صاحب الأكثر لم يجز لأن زيادة الربح في حق صاحب الأقل لا يقابلها مال

= والنسائي في «المجتبى» (٧/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥) في البيوع وابن ماجة في «سننه» في التجارات، باب الخراج بالضمان برقم (٢٢٤٣).

وصححه ابن حبان برقم (١٢٦) كما في «الموارد».

والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٥) وأخرجه الذهبي.

(١) انظر «المهذب» (١/ ٣٥٣) و «نهاية المحتاج» (٥/ ١٢).

ولا عمل ولا ضمان وأما العلم بمقدار رأس المال وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالأموال عندنا، وعند الشافعي[١] رحمه الله شرط.

وجه قوله: إن جهالة قدر رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح، والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد فكان العلم بمقدار رأس المال شرطاً.

ولنا: أن الجهالة لا تمنع جواز العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة وجهالة رأس المال وقت العقد لا تفضي إلى المنازعة لأنه يعلم مقداره ظاهراً وغالباً لأن الدراهم والدنانير توزنان وقت الشراء فيعلم مقدارها فلا يؤدي إلى جهالة مقدار الربح وقت القسمة.

وأما الشركة بالأعمال، فأما المفاوضة منها فمن شرائطها أهلية الكفالة، ومنها التساوي في الأجر. ومنها مراعاة لفظ المفاوضة لما ذكرنا في الشركة بالأموال. أما العنان منها فلا يشترط لها شيء من ذلك، وإنما تشترط أهلية التوكيل فقط.

كذا روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه قال: ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة، وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة، وعلى هذا تخرج الشركة بالأعمال في المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال من الثمار، وما يكون في الأرض من المعادن وما أشبه ذلك، بأن اشتركا على أن يصيدا أو يحتطبا أو يحتشا أو يستقيا الماء ويبيعانه على أن ما أصاب من ذلك فهو بينهما أن الشركة فاسدة لأن الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه.

ألا ترى أنه لو وكل رجلاً ليعمل له شيئاً من ذلك لا تصح الوكالة. كذا الشركة، فإن تشاركا فأخذ كل واحد منهما شيئاً من ذلك منفرداً كان المأخوذ ملكاً له، لأن سبب ثبوت الملك في المباحات الأخذ والاستيلاء، وكل واحد منهما انفرد بالأخذ والاستيلاء فينفرد بالملك، وإن أخذاه جميعاً معاً كان المأخوذ بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق فإن أخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه، فإن كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة، يضرب كل واحد منهما بقيمة الذي له، لأن المكيل والموزون من الأشياء المتماثلة فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فأما غير المكيل والموزون من الأشياء المتفاوتة فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها، وإن لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه إلى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه، لأن الشيء في أيديهما، واليد دليل الملك من حيث الظاهر، والتساوي في دليل الملك يوجب التساوي في الملك، فإن ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله إلا ببينة، فإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شيء للمعين لوجود السبب من العامل دون المعين وللمعين أجر مثله لا يجاوز به قدر المسمى له من النصف والثلث ونحو ذلك في قول أبي يوسف، وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ.

أما وجوب أجر المثل للمعين فلأنه استوفى منفعته بعقد فاسد وإنه يوجب أجر المثل.

---

(١) انظر «المهذب» (١/ ٣٥٣).

ثم قال أبو يوسف: لا يجاوز به قيمة ما سمى. وقاسه على سائر الإجارات الفاسدة لأنه لا يزاد على المسمى هناك، كذا هذا هنا.

والجامع بينهما: أنه رضي بأنه لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق، وصار كمن قال لرجل بع هذا الثوب على أن لك نصف ثمنه، فباعه كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف الثمن كذا هذا.

وفرق محمد بين هذا وبين سائر الإجارات الفاسدة، بأن المسمى هناك قدر معلوم من الأجرة فكان الرضا به إسقاطاً لما زاد عليه، والمسمى هنا ليس بمعلوم بل هو معدوم لأنه ما سمي إلا نصف الحطب أو ثلثه، والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية مسقطة الزيادة على المسمى من أجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة إذا ربح المضارب فيها أن له أجر مثله لا يتجاوز به المسمى من الربح في قول أبي يوسف، وإنْ لم يكن له ربح فلا شيء له، وعند محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ ربح أو لم يربح، وستأتي المسألة في كتاب المضاربة.

ولو أن رجلاً أجلس في دكانه رجلاً يطرح عليه العمل بالنصف فالقياس أن لا تجوز هذه الشركة لأنها شركة العروض، لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت، والحانوت من العروض، وشركة العروض غير جائزة، وفي الاستحسان جائزة، لأن هذه شركة الأعمال، لأنها شركة التقبل، وتقبل العمل من صاحب الحانوت عمل وشركة الأعمال جائزة بلا خلاف بين أصحابنا، لأن مبناها على الوكالة، والوكالة على هذا الوجه جائزة بأن يوكل خياط أو قصار وكيلاً يتقبل له عمل الخياطة والقصارة، وكذا يجوز لكل صانع يعمل بأجر أن يوكل وكيلاً يتقبل العمل، فإن كان لهما كلب فأرسلاه جميعاً كان ما أصاب بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق.

ولو كان الكلب لأحدهما وكان في يده فأرسلاه جميعاً فما أصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة، لأن إرسال الأجنبي لا عبرة به مع إرسال المالك فكان ملحقاً بالعدم كأن المالك أرسله وحده.

وإن كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد منهما كلبه فأصابا صيداً واحداً كان بينهما نصفين لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق، وإن أصاب كلب كل واحد منهما صيداً على حدة كان له خاصة لأنه ملكه بفعله فاختص به. وعلى هذا يخرج ما إذا اشترك رجلان ولأحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرا ذلك فما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما فآجراهما بأجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم أن هذه الشركة فاسدة ويقسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير.

أما فساد الشركة فلأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح. ألا ترى أن من قال لآخر أجر بعيرك على أن تكون الأجرة بيننا لا تصح الوكالة، كذا الشركة، ولأن الشركة لا تصح في أعيان الحيوان فكذا في منافعها.

وأما قسمة الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير فلأن الشركة إذا فسدت فالإجارة صحيحة لأنها وقعت على منافع معلومة ببدل معلوم ومن حكم الأجرة أن تقسم على قيمة المنافع كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين وإن لم يؤاجر البغل والبعير، ولكنهما تقبلا حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة على ذلك فالأجر بينهما نصفين. لأن هذه شركة العمل، لأن الحمل صار مضموناً عليها بالعقد

بمنزلة عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما على قدر الضمان وقد تساويا في الضمان فيتساويا في الأجرة ولا عبرة بزيادة حمل البعير على البغل، كما لا عبرة بكثرة عمل أحد الشريكين في شركة الصنائع، لأن البدل يقابل الضمان والبغل والبعير هنا آلة إيفاء العمل. ولو آجر البعير بعينه كانت أجرته لصاحبه لا لصاحب البغل، وكذا إذا آجر البغل بعينه كانت الأجرة لصاحب البغل لا لصاحب البعير، لأن العقد وقع على منافع البعير والبغل بإذن مالكهما فكانت الإجرة له، فإن كان الآجر أعانه على الحمولة والنقلان كان للذي أعانه أجر مثله لأنه استوفى منفعة شريكه بعقد فاسد.

ثم عند أبي يوسف: لا يجاوز به نصف الأجر الذي آجر به في قول أبي يوسف وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ على ما ذكرنا في شركة الاحتطاب.

قصاران لأحدهما أداة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملا بأداة هذا في بيت هذا على أن الكسب بينهما نصفان كان ذلك جائزاً، وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون، لأن الأجر هنا بدل عن العمل لا عن الآلة، وقد صار العمل مضموناً عليهما فكان بدله لهما وكان أحدهما معيناً للآخر بنصف الآلة والآخر معيناً له بنصف الدكان، وهو نظير المسألة المتقدمة، وهي أن يتقبلا حمولة ويحملاها على دابتهما.

ولو اشتركا ولأحدهما دابة، وللآخر إكاف[1] وجوالقان[2] على أن يؤاجرا الدابة على أن أجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة وأجر الدابة لصاحبها وللآخر معه أجر مثله في قولهم جميعاً، أما فساد الشركة فلما ذكرنا أن الوكالة على هذا الوجه لا تصح كذا الشركة، وأما الأجر فلأنه بدل منافع الدابة فكانت لصاحبها وقد استوفى منافع آلة الآخر بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها.

ولو دفع دابة إلى رجل ليؤاجرها على أن الأجر بينهما كان فاسداً والأجر لصاحب الدابة وللآجر أجر مثله.

وكذلك السفينة والبيت لأن الوكالة على هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والأجر لصاحب الدابة، لأن العاقد عقد على ملك غيره بأمره وللرجل أجر مثله، لأن صاحب الدابة استوفى منافعها بعقد فاسد، ولو كان دفع إليه الدابة ليبيع عليها الطعام على أن الربح بينهما نصفان كان فاسداً والربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة أجر مثلها.

وكذا البيت لأن الكسب حصل بعمله وقد استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل، ويجوز إن اتفقت أعمالها أو اختلفت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا قول أصحابنا.

وقال زفر: لا تجوز هذه الشركة إلا عند اتفاق الصنعة كالقصارين والخياطين بناء على أن الشركة تجوز بالمالين المختلفين عندنا كذا بالعملين المختلفين، وعنده لا تجوز بالمالين المختلفين فكذا بالعملين

---

(١) إكاف: جمعه الأُكُف وهو معروف، والسَّرج الذي على هيئته: هو ما يجعل على مقدّمه، شبه الرمان انظر «المغرب في ترتيب المعرب» (١/ ٤١ ـ ٤٢).

(٢) جوالقان.

المختلفين، والصحيح قولنا، لأن استحقاق الأجر في هذه الشركة بضمان العمل، والعمل مضمون عليهما اتفق العملان أو اختلفا والله عز وجل أعلم.

وأما الشركة بالوجوه فشرط المفاوضة، منها أن يكونا من أهل الكفالة، ومنها أن يكون الثمن بمشترك على كل واحد منهما نصفه، وأن يكون المشترى بينهما نصفين، وأن يكون الربح بينهما نصفين، ومنها أن يتلفظا بلفظ المفاوضة لما فصلنا فيما تقدم بتمامه.

وأما شركة العنان منها فلا يشترط لها أهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشتري حتى لو اشتركا بوجوههما على أن يكون ما اشتريا أو أحدهما بينهما نصفين أو أثلاثاً أو أرباعاً، وكيف ما شرطا على التساوي والتفاضل كان جائزاً وضمان ثمن المشتري بينهما على قدر ملكيهما في المشتري والربح بينهما على قدر الضمان، فإن شرطا لأحدهما فضل ربح على حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما ثمن المشتري، لأن الربح في هذه الشركة إنما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان، فإذا شرط لأحدهما أكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ملك من غير ربح ولا ضمان فلا يجوز.

فإن قيل: الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق بالعمل فجاز أن يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة العنان فالجواب أن هذا مسلم إذا كان العمل في مال معلوم كما في المضاربة وشركة العنان ولم يوجد هنا فلا يستحق كمن قال لآخر ادفع إليك ألفاً مضاربة على أن تعمل فيها بالنصف ولم يعين الألف أنه لا تجوز المضاربة لأنه لم يشترط العمل في مال معين.

فصل: وأما حكم الشركة، فأما شركة الأملاك فحكمها في النوعين جميعاً واحد وهو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه، لأن المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة ولم يوجد شيء من ذلك، وسواء كانت الشركة في العين أو الدين لما قلنا.

ولو كان بين رجلين دين على رجل من ثمن عبد باعاه، أما بألف درهم أو ألف بينهما أقرضاه إياه أو استهلك الرجل عليهما شيئاً قيمته ألف درهم أو ورثا ديناً لرجل واحد عليه فقبض أحدهما نصيبه أو بعض نصيبه فللآخر أن يشاركه فيأخذ منه نصف ما قبضه.

والأصل في هذا أن الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد إذا قبض أحدهما شيئاً منه فللآخر أن يشاركه في المقبوض، لأن المقبوض مقبوض من النصيبين إذ لو جعل لأحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وأنه غير جائز لأن معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة، ولهذا لم تصح قسمة العين من غير تمييز كصبرة من طعام بين شريكين. قال أحدهما لصاحبه: خذ منها لك هذا الجانب ولي هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز، فإذا لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين أولى، ولأن القسمة فيها معنى التمليك، لأن ما من جزأين إلا وأحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضاً عن ملكه فكان قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه

الدين، وإنه غير جائز فعجل المقبوض من النصيبين جميعاً لئلا يؤدي إلى ما قلنا، وكان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض أن يمنعه عنه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين لأن نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسواء كان المقبوض مثل حقه أو أجود أو أردأ.

أما إذا كان أجود من حقه فلأن الجودة لا عبرة بها في الجنس الواحد، ألا ترى أن من عليه الرديء إذا أعطى الجيد يجبر صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضاً لعين الحق، وإن كان أردأ فقبض الرديء عن الجيد جائز لأنه من جنس حقه وما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض ديناً على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر ذلك من الدين، حتى لو كان الدين ألف درهم بينهما فقبض أحدهما خمسمائة فجاء الشريك فأخذ نصفها كان للقابض ما بقي له على الغريم وذلك مائتان وخمسون وتكون الشركة باقية في الدين كما كانت، لأنه لما أخذ شريكه نصف المقبوض انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقي الباقي من دينه على حاله.

فإن أخرجه القابض عن يده بأن وهبه أو باعه أو قضى ديناً عليه أو استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمنه نصف ما قبض لأنه أتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمنه.

فإن لم يقبض أحد الشريكين شيئاً ولكن أبرأ الغريم من حصته جازت البراءة ولا يضمن لشريكه شيئاً لأنه لم يقبض شيئاً من الدين بل أتلف حصته لا غير فلا يضمن، فإن أبرأه أحدهما عن مائة درهم ثم خرج من الدين شيء اقتسماه بينهما على قدر مال كل واحد منهما على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة أسهم، لأن أحدهما لما أبرأ الغريم من مائة درهم بقي له من الدين أربعمائة ولشريكه خمسمائة فيضربان في قدر المقبوض بتسعة أسهم.

وكذلك إذا كانت البراءة بعد القبض قبل أن يقتسما، لأن القسمة تقع على قدر حقهما، فإن اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما الغريم من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينقض إبراؤه بعد القسمة شيئاً مما اقتسماه؛ لأنهما اقتسما وملكهما سواء، فزوال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة.

ولو لم يقبض أحدهما شيئاً ولكن اشترى بنصيبه ثوباً من الغريم فللشريك أن يضمنه نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب، لأنه إنما اشترى الثوب بثمن في ذمة الغريم لا بما له في ذمة الغريم، لأنه كما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله فصار ما في ذمته قصاصاً بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل.

فإن اجتمعا جميعاً على الشركة في الثوب فهو جائز لأنه قد وجب عليه نصف ثمنه فإذا سلم له نصفه بذلك ورضي شريكه به صار كأنه باع نصف الثوب منه، فإن لم يشتر بحصته شيئاً ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه بما قبض فإن القابض بالخيار إن شاء سلم إليه نصف الثوب وإن شاء أعطاه مثل نصف حقه من الدين والخيار في ذلك إلى القابض، لأن الصلح لم يوجب شيئاً على المصالح، لأنه عقد تبرع بمنزلة الهبة والإبراء بخلاف الشراء، إلا أنه قبض ثوباً عن الدين المشترك فكان له أن يسلم نصفه إلى الشريك وله أن يقول: أنا أعطيك نصف حقك من الدين، لأنه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه

الوجوه كلها أن يسم للشريك ما قبضه ويرجع بدينه على الغريم، لأن من حجته أن يقول: ديني قد ثبت عليك بعقد المداينة، فتسليمك إلى غيري لا يسقط مالي في ذمتك.

فإن سلم للشريك ما قبض ثم توى الذي على الغريم فله أن يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما إذا لم يسلم إلا وجهاً واحداً، وهو أنه إذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعدما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها، لأن المقبوض في الأصل كان عن حق مشترك وإنما مسلم به الشريك المقبوض للقابض ليسلم له ما في ذمة الغريم، فإذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان، إلا أنه ليس له في هذا الوجه أن يرجع إلى عين تلك الدراهم لأنه أسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها، وإنما تجدد له ضمان آخر بتواء ماله فثبت ذلك في ذمة القابض كسائر الديون، فإن أخر أحدهما نصيبه لم يجز تأخيره في قول أبي حنيفة رحمه الله، ويجوز عند أبي يوسف ومحمد، ولا خلاف في أنه لا يجوز تأخيره في نصيب شريكه، لأنه لم يملكه ولا تولى هذا العقد فيه، وأما في نصيب شريكه فهو على الخلاف.

وجه قولهما: إن نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه، ولهذا ملك التصرف فيه إسقاطاً بالإبراء فالتأخير أولى لأنه دونه.

ولأبي حنيفة رحمه الله: إن تأخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وإنها غير جائزة، والدليل على أن التأخير قسمة الدين أنه وجد أثر القسمة وهو انفراد كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للآخر فيه حق، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه لا يحتمل معنى القسمة وهو التمييز، إذ هو اسم للفعل أو لمال حكمي في الذمة بخلاف الإبراء فإنه ليس فيه أثر القسمة ومعناها، بل هو إتلاف لنصيبه.

فإن قيل: قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفاً في الدين بل في المطالبة بالإسقاط.

فالجواب: إن التأخير تصرف في الدين والمطالبة جميعاً لأنه يوجب تغيير الدين عما كان عليه، لأن الدين قبله كان على صفة لو قبض أحدهما نصيبه كان للآخر أن يشاركه فيه، وبعد التأخير لا يبقى له حق المشاركة ما دام الأجل قائماً.

ثم فرع على قولهما فقال: إذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي أخر أن يشركه فيما قبض حتى يحل دينه، فإن حل دينه فله أن يشركه إن كان قائماً، وإن كان مستهلكاً ضمنه صاحبه، لأن الأجل يمنع ثبوت المطالبة فلا يكون له حق في المقبوض فإذا حل صار كأنه لم يزل حالاً فتثبت له الشركة، فإن لم يقبض الآخر شيئاً حتى حل دين الذي أخر عاد الأمر إلى ما كان، فما قبض أحدهما من شيء يشركه الآخر فيه، لأن الدين لما حل فقط سقط الأجر فصار كما كان قبل التأجيل.

ولو كان الدين بين شريكين على امرأة فتزوجها أحدهما على نصيبه من الدين فقد روى بشر عن أبي يوسف: أن لشريكه أن يرجع عليه بنصف حقه من ذلك وروى بشر عنه أيضاً أنه لا يرجع، وهو رواية محمد عن أبي يوسف.

وجه الرواية الأولى: أن النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصاً بدينه فصار كأنه

قبض نصف الدين فكان له أن يرجع بنصف حقه، كما لو اشترى منها ثوباً بنصيبه من الدين.

وجه الرواية الأخرى: أن من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه، كما لو أبرأها عن نصيبه، ولو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فإن شريكه يرجع عليه في قولهم جميعاً لأن الأجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع، وكذا الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة فكان له أن يضمنه.

وروى بشر عن أبي يوسف: أن أحد الطالبين إذا شج المطلوب موضحة عمداً فصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشريكه لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه، لأن الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء.

وأما إذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالاً فصارت قيمته قصاصاً بدينه أو اقترض منه شيئاً بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه، لأن قدر القرض وقيمة المستهلك صار قصاصاً بدينه، والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه.

ولو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين بشريكه، لأنه ما استوفى الدين، بل قضى ديناً كان عليه، إذ الأصل في الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثاني لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني، وإذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له المشاركة، إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى.

وذكر ابن سماعة في «نوادره» عن محمد: لو أن أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزاً أو بريء من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة، وكذلك لو تزوج المرأة الغريمة على خمسمائة مرسلة أو استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة، فرق بين هذا وبين ما إذا صالح على نفس الدين أو تزوج به.

ووجه الفرق: أن العقد هنا وهو الصلح والنكاح وقع على ما في الذمة وأنه يوجب المقاصة فكان استيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة، بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به فإن العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقاً ألا ترى أن العقد هناك أضيف إلى نفس الدين فلم تقع المقاصة ولم يسلم له أيضاً ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع.

وذكر علي بن الجعد عن أبي يوسف: أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالاً ليس فيه وفاء اشتركا بالحصص، لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وصيةٍ يُوصَى بِهَا أو دَيْنٍ﴾[1] رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث فلا يسقط دينه، وكان دين الوارث والأجنبي سواء. ولو أعطى المطلوب لأحدهما رهناً بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه أن يضمنه لأن قبض الرهن

(١) سورة النساء، الآية: (١٢).

قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفياً للدين حكماً فكان كالاستيفاء حقيقة.

ولو غصب أحد الشريكين من المطلوب عبداً فمات عنده فلشريكه أن يضمنه لأنه صار ضامناً لقيمة العبد من وقت الغصب فهلك المغصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد. ولو ذهبت إحدى عيني العبد بآفة سماوية في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشيء لأنه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه، لأنه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيئاً، بخلاف نفس العبد لأنه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه، وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت إحدى عينيه بآفة سماوية، وكذا لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبداً بيعاً فاسداً وقبضه فمات في يده أو باعه أو أعتقه أنه يضمن لشريكه كما يضمن في الغصب.

ولو ذهبت عينه بآفة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شيئاً ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة والله عز وجل أعلم.

وأما شركة العقود فجملة الكلام فيها: إنها لا تخلو من أن تكون فاسدة أو صحيحة، أما الصحيحة فأما الشركة بالأموال فنبين أحكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لأحد شريكي العنان والمفاوضة أن يعمله في مال الشركة وما لا يجوز أما العنان فلأحد شريكي العنان أن يبيع مال الشركة لأنهما بعقد الشركة إذن كل واحد لصاحبه ببيع مال الشركة، ولأن الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما وكيل صاحبه بالبيع، ولأن غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة، وما التجارة إلا البيع والشراء، فكان إقدامهما على العقد إذناً من كل واحد منهما لصاحبه بالبيع والشراء دلالة، وله أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة، لأن الإذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقاً، ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة، وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا إلا بما لا يتغابن الناس في مثله، لأن المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان مستثنى من العقد دلالة.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» وجعله على الاختلاف في الوكالة بالبيع مطلقاً: إنه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما: لا يجوز.

ولو باع أحدهما وأجل الآخر لم يجز تأجيله في نصيب شريكه بالإجماع، وهل يجوز في نصيب نفسه؟

فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الدين المشترك إذا أخر أحدهما نصيبه.

هذا إذا عقد أحدهما وأجل الآخر، فأما إذا عقد أحدهما ثم أجل العاقد فلا خلاف في أنه يجوز تأجيله في نصيب نفسه، لأنه مالك وعاقد، وأما في نصيب شريكه فيجوز تأجيله في قول أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف: لا يجوز والكلام فيه بناء على مسألة الوكيل بالبيع أنه يملك تأخير الثمن والإبراء عنه عندهما، وعنده: لا يملك.

ووجه البناء ظاهر لأن العاقد في نصيب الشريك وكيل عنه، وهي من مسائل كتاب الوكالة، إلا أن هناك إذا أخر يضمن من ماله للموكل عندهما وهنا لا يضمن الشريك العاقد، لأن الشريك العاقد يملك أن يقايل

البيع ثم يبيعه بنسيئة، وإذا لم يقايل وآخر الدين جاز، والوكيل بالبيع لا يملك أن يقايل ويبيع بالنسيئة فإذا أخر يضمن، وله أن يشتري بالنقد والنسيئة لما قلنا في البيع وهذا إذا كان في يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيئاً نسيئة وكان عنده شيء من المكيل والموزون فاشترى بذلك الجنس شيئاً نسيئة. فأما إذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم أو دنانير شيئاً كان المشتري له خاصة دون شريكه، لأنا لو جعلنا شراءه على الشركة لصار مستديناً على مال الشركة، والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب، لأنه يصير مال الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه.

وكذلك لو كان عنده عروض فاشترى بالدراهم والدنانير نسيئة، لأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة فكان الشراء بالأثمان استدانة، بخلاف ما إذا اشترى بها وفي يده مثلها، لأن ذلك ليس باستدانة.

وحكى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنه إذا كان في يد أحد الشريكين دنانير فاشترى بدراهم جاز. وقال زفر: لا يجوز بناء على أن زفر يعتبر المجانسة في رأس مال الشركة حقيقة حتى أبى انعقاد الشركة في الدراهم مع الدنانير لاختلاف الجنس حقيقة فيصير كأنه اشترى بجنس ما في يده صورة بالدراهم وعنده عروض، ونحن نعتبر المجانسة معنى وهو الثمنية، وقد تجانسا في الثمنية فصار كأنه اشترى بجنس ما في يده صورة ومعنى، وله أن يبضع مال الشركة لأن الشركة تنعقد على عادة التجار والإبضاع من عاداتهم، ولأن له أن يستأجر من يعمل في البضاعة بعوض فالإبضاع أولى، لأن استعمال البضع في البضاعة بغير عوض وله أن يودع لأن الإيداع من عادة التجار.

ومن ضرورات التجارة أيضاً، لأنه لا بد للتاجر منه لأنه يحتاج إلى ذلك عند اعتراض أحوال تقع عادة، لأن له أن يستحفظ المودع بأجر فبغير أجر أولى، وليس له أن يشارك إلا أن يؤذن له بذلك لأن الشيء لا يستتبع مثله، فإن شارك رجلاً شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين، لأنه إن كان لا يملك الشركة في حق الشريك يملك التوكيل، وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما.

وإن اشترى الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شيء للأجنبي فيه، لأنه لم يوكله فبقي ما اشتراه على حكم الشركة.

وقال الحسن بن زياد: إذا شارك أحد شريكي العنان رجلاً شركة مفاوضة بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان، لأن المفاوضة تقتضي فسخ شركة العنان، لأن المفاوض يجب أن يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق شريكه فكان ذلك فسخاً للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته، وإن كان بمحضر من صاحبه صحت المفاوضة وذلك إبطال لشركة العنان لأنه يملك فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له أن يخلط مال الشركة بمال له خاصة، لأن الخلط إيجاب حق في المال فلا يجوز إلا في القدر الذي رضي به رب المال وهل له أن يدفع مال الشركة مضاربة، ذكر محمد في «الأصل» عن أبي حنيفة: أنه له ذلك، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك.

وجه رواية الحسن: أن المضاربة نوع شركة، لأن رب المال مع المضارب يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة بإطلاق العقد فلا يملك المضاربة.

وجه ظاهر الرواية: أنه يملك أن يستأجر أجيراً يعمل في مال الشركة فلأن يملك الدفع مضاربة أولى، لأن الأجير يستحق الأجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل والمضارب لا يستحق شيئاً بعمله إلا إذا كان في المضاربة ربح، فلما ملك الاستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولى.

والاستدلال بالشركة غير سديد، لأن الشركة فوق المضاربة لأنها توجب الشركة في الأصل والفرع، والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الأصل، والشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله، ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد، لأن المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل لأنه دون المضاربة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره بإطلاق الوكالة لأن الوكالة مثل الوكالة، وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمله في مال المضاربة، وسنذكره في كتاب المضاربة إن شاء الله تعالى، لأن تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه، فما كان للمضارب أن يعمل، فالشريك أولى وله أن يأخذ مالاً مضاربة ويكون ربحه له خاصة، لأن المضارب يستحق الربح بعمله فيختص به، كما لو آجر نفسه، وله أن يوكل بالبيع والشراء استحساناً.

والقياس: أن لا يجوز لأن شريكه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره.

وجه الاستحسان: أن الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم، ولأنه من ضرورات التجارة، لأن التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه فيحتاج إلى التوكيل، فكان التوكيل من ضرورات التجارة، بخلاف الوكيل بالشراء لأنه لا يملك أن يوكل غيره لأنه لا يملك جميع التصرفات، بل لا يملك إلا الشراء فيمكنه مباشرته بنفسه فلا ضرورة إلى أن يوكل غيره، ولأن الشركة أعم من الوكالة والوكالة أخص منها، والشيء يستتبع دونه ولا يستتبع مثله.

وبخلاف ما إذا كانا شريكين في خادم أو ثوب خاصة أنه ليس لأحدهما أن يوكل رجلاً ببيعه، وإن وكل لم يجز في حصة صاحبه، لأن ذلك شركة ملك، وكل واحد من الشريكين في شركة الأملاك أجنبي عن صاحبه محجور عن التصرف في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم، وله أن يوكل وكيلاً ويدفع إليه مالاً ويأمره أن ينفق على شيء من تجارتهما والمال من الشركة لما قلنا: إن الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الموكل.

فإن أخرج الشريك الآخر الوكيل يخرج من الوكالة إن كان في بيع أو شراء أو إجارة، لأن كل واحد منهما لما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه ولأن الموكل وكيل لشريكه، فإذا وكل كان للموكل أن يعزل وكيله، وإن كان وكيلاً في تقاضي ما داينه فليس للآخر إخراجه لأنه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه، وله أن يستأجر أجيراً لشيء من تجارتهما لأن الإجارة من التجارة حتى يملكها المأذون في التجارة، وهو من عادات التجار أيضاً ومن ضرورات التجارة أيضاً، لأن التاجر لا يجد بداً منه ولأن المنافع عند إيراد العقد عليها تجري مجرى الأعيان فكان الاستئجار بمنزلة الشراء وهو يملك الشراء فيملك

الاستئجار، والأجر يكون على المستأجر يطالب به دون شريكه لأنه العاقد لا شريكه، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد ويرجع على شريكه بنصف الأجرة لأنه وكيله في العقد، وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشراء، وأن يرتهن بما باعه، لأن الرهن إيفاء الدين والارتهان استيفاؤه، وإنه يملك الإيفاء والاستيفاء فيملك الرهن والارتهان.

وذكر محمد في «**كتاب الرهن**»: إذا رهن أحدهما متاعاً من الشركة بدين عليها لم يجز وكان ضامناً للرهن.

ولو ارتهن بدين لهما أدناه وقبض لم يجز على شريكه، وذلك محمول على ما إذا رهن أحدهما بدين عليهما وجب بعقدهما، لأن الرهن إيفاء وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله إلا بأمره فلا يملك الرهن والارتهان واستيفاء أحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فإن هلك في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته لأنه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضموناً كالصحيح فكان مستوفياً حصته من الدين لأنه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان.

وإن وليه غيره فإذا ارتهنه بجميع ذلك صار مستوفياً لجميع الدين فيصير مستوفياً حصته صورة فذهب الرهن بحصته، وشريكه بالخيار إن شاء رجع بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء ضمن شريكه حصته من الدين، لأن قبض الرهن قبض استيفاء الدين فإذا هلك في يده تقرر استيفاء كل الدين، ومن استوفى كل الدين المشترك بغير إذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ويرجع الغريم على القابض بما قبضه، لأنه إنما سلم إليه ليملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع، كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء الشريك رجع عليه نصف دينه لما ذكرنا أن أحد الشريكين إذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه.

وطريق ذلك أن نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه، ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضاً هكذا يستوفي هو ويشاركه الآخر إلى أن يستوفيا الدين.

طعن عيسى بن أبان في هذه المسألة وقال: يجب أن لا يضمن الشريك نصيب شريكه لأن محمداً قال: لو قال رجل لرجل: أعطني رهناً بدين فلان الذي عليك فإن أجازه جاز وإن لم يجزه فلا ضمان عليّ، فأعطاه وهلك الرهن في يده لم يضمن، وهذا الطعن في غير موضعه، لأن ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل لأنه لما أخذ رهناً لغيره وشرط أن لا ضمان عليه فقد صار عدلاً، وهلاك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان، لأن قبضه ليس بقبض استيفاء وههنا إنما قبضه للاستيفاء، والرهن المقبوض للاستيفاء مضمون فلم يصح الطعن.

وله أن يحتال لأن الحوالة من أعمال التجارة، لأن التاجر يحتاج إليها لاختلاف الناس في الملاءة والإفلاس، وكون بعضهم أملأ من بعض، وفي العادة يختار الأملأ فالأملأ، فكانت الحوالة وسيلة إلى الاستيفاء، فكانت في معنى الرهن في التوثق للاستيفاء، ولأن الاحتيال تمليك ما في الذمة بمثله فيجوز

كالصرف، وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع إلى العاقد، حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن.

وكذلك كل دين لزم إنساناً بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمديون أن يمتنع من دفعه إليه كالمشتري من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن إلى الموكل، لأن القبض من حقوق العقد تعود إلى العاقد، لأن المديون لم يلتزم الحقوق للمالك وإنما التزمها العاقد فلا يلزمه ما لم يلتزمه إلا بتوكيل العاقد، فإن دفع إلى الشريك من غير توكيل برىء من حصته ولم يبرأ من حصة الداين وهذا استحسان، والقياس أن لا يبرأ الدافع.

وجه القياس: أن حقوق العقد لا تتعلق بالقابض بل هو أجنبي عنها وإنما تتعلق بالعاقد فكان الدافع إلى القابض بغير حق فلا يبرأ.

وجه الاستحسان: أنه لا فائدة في نقض هذا القبض إذ لو نقضناه لاحتجنا إلى إعادته، لأن المديون يلزمه دفعه إلى العاقد، والعاقد يرد حصة الشريك إليه فلا يفيد القبض، ثم الإعادة في الحال، وهذا على القياس والاستحسان في الوكيل بالبيع إذا دفع المشتري الثمن إلى الموكل من غير إذن الوكيل لا يطالب الشريك بتسليم المبيع لما قلنا، وليس لأحدهما أن يخاصم فيما أدانه الآخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ليس على الذي لم يل من ذلك شيء فلا يسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو والأجنبي في هذا سواء، لأن الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد.

ولو اشترى أحدهما شيئاً لا يطالب الآخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما قلنا، وللعاقد أن يوكل وكيلاً بقبض الثمن والمبيع فيما اشترى وباع لما ذكرنا فيما تقدم، ولأحدهما أن يقايل فيما باعه الآخر، لأن الإقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء على الشركة فيملك الإقالة وما باعه أحدهما أو اشترى فظهر عيب لا يرد الآخر بالعيب ولا يرد عليه لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وإنها ترجع إلى العاقد والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع على البائع لأنه العاقد، فإن أقرّ أحدهما بعيبه في متاع جاز إقراره عليه وعلى صاحبه.

قال الكرخي: وهذا قياس قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف رحمهم الله وفرق بين هذا وبين الوكيل إذا أقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه أنه لا ينفذ إقراره على الموكل حتى يثبت بالبينة، لأن موجب الإقرار بالعيب ثبوت حق الرد عليه، ولأحد الشريكين أن يقابل فيما باعه الآخر، لأن الإقالة فيها معنى الشراء وأنه يملك الشراء إلى أن يسترد المنبيع ويقبل العقد، والوكيل لا يملك ذلك. فإن باع أحدهما متاعاً من الشركة فرد عليه فقبله بغير قضاء القاضي جاز عليهما لأن قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي، وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة.

وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة الإقالة، وإقالة أحدهما تنفذ على الآخر، وكذا لو حط من ثمنه أو أخر ثمنه لأجل العيب فهو جائز، لأن العيب يوجب الرد، ومن الجائز أن يكون الصلح والحط أنفع من الرد فكان له ذلك. وإن حط من غير علة أو أمر يخاف منه جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه، لأن الحط من غير عيب تبرع والإنسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره.

وكذلك لو وهب لأن الهبة تبرع، ولكل واحد منهما أن يبيع ما اشتراه وما اشترى صاحبه مرابحة على ما اشترياه، لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والبيع، والوكيل بالبيع يملك البيع مرابحة.

وهل لأحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه؟ ذكر الكرخي أنه ليس له ذلك، والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد أن له ذلك، وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم أن يسافروا. وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس للشريك والمضارب أن يسافر، وهو قول أبي يوسف.

وروي عن أبي يوسف: أن له المسافرة إلى موضع لا يبيت عن منزله. وروي عنه: يسافر أيضاً بما لا حمل له ولا مؤنة ولا يسافر بما له حمل ومؤنة. وجه ظاهر قول أبي يوسف: أن السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير إلا بإذنه. وجه الرواية التي فرق فيها بين القريب والبعيد أنه إذا كان قريباً بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم المصر.

وجه الرواية التي فرق فيها بين ما له حمل ومؤنة وما ليس له حمل ومؤنة: إن ما له حمل إذا احتاج شريكه إلى رده يلزمه مؤنة الرد فيتضرر به، ولا مؤنة تلزمه فيما لا حمل له.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: إن الأذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وأنها صدرت مطلقة عن المكان والمطلق يجري على إطلاقه إلا لدليل، ولهذا جاز للمودع أن يسافر على أنه في معنى المودع، لأنه مؤتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة، مع ما أن الشريك يملك أمراً زائداً لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلأن يملكه الشريك أولى، وقول أبي يوسف: إن المسافرة بالمال مخاطرة به مسلم إذا كان الطريق مخوفاً.

فأما إذا كان أمناً فلا خطر فيه بل هو مباح لأن الله سبحانه وتعالى أمر بالابتغاء في الأرض من فضل الله ورفع الجناح عنه بقوله تعالى عز شأنه: ﴿فَإِذَا قضيت الصَّلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا مِنْ فضلِ اللَّهِ﴾[1] وقال عز شأنه: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جناحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِكُمْ﴾[2] مطلقاً من غير فصل، وما ذكر من لزوم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار لأن كل مؤنة تلزم تلحق برأس المال.

هذا إذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل في ذلك برأيك، فأما إذا قال ذلك فإنه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط مال الشركة بمال له خاصة، والرهن والارتهان مطلقاً، لأنه فوض الرأي إليه في التصرف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقاً.

وإذا سافر أحدهما بالمال وقد أذن له بالسفر، أو قيل له اعمل برأيك أو عند إطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة ومحمد فله أن ينفق من جملة المال على نفسه في كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من رأس المال، روى ذلك الحسن عن أبي حنيفة؛ وقال محمد: وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له ذلك لأن الإنفاق من مال الغير لا يجوز إلا بإذنه نصاً.

(١) سورة الجمعة، الآية: (١٠).
(٢) سورة البقرة، الآية: (١٩٨).

وجه الاستحسان العرف والعادة، لأن عادة التجار الإنفاق من مال الشركة والمعروف كالمشروط، ولأن الظاهر هو التراضي بذلك، لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون لأنه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فكان إقدامهما على عقد الشركة دليلاً على التراضي بالنفقة من مال الشركة، ولأن كل واحد منهما في مال صاحبه كالمضارب، لأن ما يحصل من الربح فهو فرع جميع المال وهو يستحق نصف الربح شائعاً كالمضارب فتكون النفقة من جميع المال كالمضارب إذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك. كذا هذا.

وقال محمد: فإن ربحت حسبت النفقة من الربح وإن لم يربح كانت النفقة من رأس المال، لأن النفقة جزء تالف من المال، فإن كان هناك ربح فهو منه وإلا فهو من الأصل كالمضارب، وما اشتراه أحدهما بغير مال الشركة لا يلزم صاحبه لما ذكرنا أنه يصير مستديناً على مال الشركة، وصاحبه لم يأذن له بالاستدانة، وليس لأحدهما أن يهب ولا أن يقرض على شريكه لأن كل واحد منهما تبرع أما الهبة فلا شك فيها، وأما القرض فلأنه لا عوض له في الحال فكان تبرعاً في الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسواء قال اعمل برأيك أو لم يقل إلا أن ينص عليه بعينه، لأن قوله اعمل برأيك تفويض الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة.

ولو استقرض مالاً لزمهما جميعاً لأنه تملك مال بالعقد فكان كالصرف فيثبت في حقه وحق شريكه، ولأنه إن كان الاستقراض استعارة في الحال فهو يملك الاستعارة، وإن كان تملكاً يملكه أيضاً، وليس له أن يكاتب عبداً من تجارتهما ولا أن يعتق على مال، لأن الشركة تنعقد على التجارة، والكتابة والإعتاق ليسا من التجارة.

ألا ترى أنه لا يملكهما المأذون في التجارة، وسواء قال: اعمل برأيك أو لا لما قلنا.

وليس له أن يزوج عبداً من تجارتهما في قولهم جميعاً لأنه ليس من التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه إلا بإذن نصاً، وكذلك تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد لأنه ليس من التجارة، ويجوز عند أبي يوسف، والمسألة تقدمت في كتاب النكاح.

ولو أقر بدين لم يجز على صاحبه لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يصدق في إيجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة، لأن الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالإقرار. وهذه الشركة لا تتضمن الكفالة.

ولو أقر بجارية في يده من تجارتهما إنها لرجل لم يجز إقراره في نصيب شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرنا أن إقرار الإنسان ينفذ على نفسه لا على غيره، لأنه في حق غيره شهادة، وسواء كان قال له اعمل برأيك أو لا، لأن هذا القول يفيد العموم فيما تتضمنه الشركة، والشركة لم تتضمن الإقرار، وما ضاع من مال الشريك في يد أحدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه، فيقبل قول كل واحد من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع يمينه، لأنه أمين، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما المفاوضة فجميع ما ذكرنا أنه يجوز لأحد شريكي العنان أن يفعله وهو جائز على شريكه إذا فعله

فيجوز لأحد شريكي المفاوضة أن يفعله، وإذا فعله فهو جائز على شريكه، لأن المفاوضة أعم من العنان، فلما جاز لشريك العنان فجوازه للمفاوض أولى، وكذا كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط لصحة شركة المفاوضة، لأنها لما كانت أعم من العنان فهو يقتضي شروط العنان وزيادة.

وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة، لأن المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرائط لم تشترط في العنان، وقد بينا ذلك فيما تقدم. والآن نبين الأحكام المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان فنقول وبالله التوفيق:

يجوز إقرار أحد شريكي المفاوضة بالدين عليه وعلى شريكه: ويطالب المقر له أيهما شاء. لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر بإقراره ويلزم شريكه بكفالته، وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة كثمن المشتري في البيع الصحيح وقيمته في البيع الفاسد وأجرة المستأجر أو ما هو في معنى التجارة كالمغصوب، والخلاف في الودائع والعواري والإجارات والاستهلاكات، وصاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ هذا بدينه وإن شاء أخذ شريكه بحق الكفالة.

أما دين التجارة؛ فلأنه دين لزمه بسبب الشركة لأن البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لأنه تجارة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة، ولهذا قالوا: إن البينة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد، لأن الدين لزمه كما لزم شريكه، لأنه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه، وكذا البيع الفاسد بدليل أن الأمر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد، وكذا الأجرة لأن الإجارة تجارة.

وأما الغصب؛ فلأن ضمانه في معنى التجارة لأن تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع، والخلاف في الودائع والعواري والإجارات في معنى الغصب، لأنه من باب التعدي على مال الغير بغير إذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه ضمان الغصب.

وأما أروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص فلا يؤاخذ به شريكه لأنه ليس بضمان التجارة ولا في معنى ضمان التجارة أيضاً لانعدام معنى معاوضة المال بالمال رأساً.

وروي عن أبي يوسف: أن ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم إلا فاعله، لأنه ضمان جناية فأشبه ضمان الجناية على بني آدم، والجواب ما ذكرنا أن ضمان الغصب وضمان الإتلاف في غير بني آدم ضمان معاوضة، لأنه ضمان يملك به المضمون عوضاً عنه، بخلاف ضمان الجناية على بني آدم لأنه لا يملك به المضمون فلم يوجد فيه معنى المعاوضة أصلاً.

ولو كفل أحدهما على إنسان فإن كفل عنه بمال يلزم شريكه عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يلزم، وإن كفل بنفس لا يؤخذ بذلك شريكه في قولهم جميعاً.

وجه قولهما: إن الكفالة تبرع فلا تلزم صاحبه كالهبة والصدقة والكفالة بالنفس، والدليل على أنها تبرع اختصاص جوازها بأهل التبرع حتى لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد المأذون، وكذا تعتبر من الثلث إذا كان في حال المرض، والشركة لا تنعقد على التبرع، ولأبي حنيفة رضي الله عنه: أن الكفالة تقع تبرعاً

بابتدائها ثم تصير معاوضة بانتهائها لوجود التمليك والتملك حتى يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه، فقلنا لا تصح من الصبي والمأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث عملاً بالابتداء، ويلزم شريكه عملاً بالانتهاء.

وحقوق عقد تولاه أحدهما ترجع إليهما جميعاً حتى لو باع أحدهما شيئاً من مال الشركة يطالب غير البائع منهما بتسليم المبيع كما يطالب البائع ويطالب غير البائع منهما المشتري بتسليم الثمن، ويجب عليه تسليمه كالبائع.

ولو اشترى أحدهما شيئاً يطالب الآخر بالثمن كما يطالب المشتري وله أن يقبض المبيع كما للمشتري.

ولو وجد المشتري منهما عيباً بالمبيع فلصاحبه أن يرده بالعيب كما للمشتري.

وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كالمشتري.

ولو باع أحدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري بها عيباً فله أن يردها على أيهما شاء. ولو أنكر العيب فله أن يحلف البائع على البتات وشريكه على العلم. ولو أقر أحدهما نفذ إقراره على نفسه وشريكه. ولو باعا سلعة من شركتهما ثم وجد المشتري بها عيباً فله أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بيمين واحدة على العلم في قول محمد رحمه الله.

وقال أبو يوسف: يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم وهما جميعاً في خراج التجارة وضمانها سواء، ففعل أحدهما فيها كفعلهما وقول أحدهما كقولهما، وهما في الحقيقة شخصان، وفي أحكام التجارة كشخص واحد، ولأحدهما أن يكاتب عبد التجارة أو يأذن له بالتجارة لأن تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه إلى مال الشركة عام كتصرف الأب في مال الصغير كذا روي عن محمد أنه قال: كلما يجوز أن يفعله الإنسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه أجوز أمراً، ومعناه أن الأب يملك كتابة عبد ابنه الصغير وإذنه بالتجارة مع أنه لا ملك له فيه رأساً فلأن يملك المفاوض أولى ولا يجوز له أن يعتق شيئاً من عبيد التجارة على مال لأنه في معنى التبرع لأنه يعتق بمجرد القول ويبقي البدل في ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان في معنى التبرع، ولهذا لا يملكه الأب في مال ابنه، ولا يجوز له تزويج العبد لأنه ضرر محض، لأن المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون ولده لغيره فكان التزويج ضرراً محضاً فلا يملكه في ملك غيره.

ويجوز له أن يزوج الأمة، لأن تزويج الأمة نفع محض لأنه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه إلى مال الشركة سواء كان من باب التجارة أو لا بخلاف الشريك شركة العنان، فإن نفاذ تصرفه يختص بالتجارة على أصل أبي حنيفة ومحمد.

وتزويج الأمة ليس من التجارة، لأن التجارة معاوضة المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ، وعند أبي يوسف: ينفذ كتصرف المفاوض لوجود النفع، ويجوز له أن يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشريك شركة عنان أنه يجوز له أن يستأجر من يعمل في مال الشركة بمال يستحقه الأجير بيقين فالدفع مضاربة أولى، لأن المضارب لا يستحق الربح منها بيقين لجواز أن يحصل وأن لا يحصل ويجوز له أن يشارك شركة عنان في

قول أبي يوسف ومحمد، لأن شركة العنان أخص من شركة المفاوضة فكانت دونها فجاز أن تتضمنها المفاوضة كما تتضمن العنان المضاربة لأنها دونها فتتبعها، ولأن الأب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الأولى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز له ذلك، لأنه يوجب للشريك الثالث حقاً في مال شريكه وذلك لا يجوز إلا بإذنه.

هذا إذا شارك رجلاً شركة عنان، فأما إذا فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في «**الأصل**».

وقال أبو يوسف: لا يجوز، وكذا في رواية الحسن عن أبي حنيفة.

وجه قول محمد: أن عقد المفاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الآخر، ولأبي يوسف أن المفاوضة مثل المفاوضة والشيء لا يستتبع مثله، ويجوز له أن يرهن ويرتهن على شريكه، لأن الرهن هو إيفاء والارتهان استيفاء وكل واحد منهما يملك الإيفاء والاستيفاء فيما عقده صاحبه، ويجوز لكل واحد منهما أن يقتضي ما أداناه أو أدانه صاحبه أو ما وجب لهما من غصب على رجل أو كفالة، لأن كل واحد منهما كفيل الآخر فيملك أن يستوفي حقوقه بالوكالة وما وجب على أحدهما فلصاحب الدين أن يأخذ كل واحد منهما لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر، وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة.

ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة، لأن الكفيل خصم فيما يدعي على المكفول عنه، ويستحلف على علمه لأنه يمين على فعل الغير وما اشتراه أحدهما من طعام لأهله أو كسوة أو ما لا بد له منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه.

والقياس: أن يكون المشترى مشتركاً بينهما، لأن هذا مما يصح الاشتراك فيه كسائر الأعيان لكنهم استحسنوا أن يكون له خاصة للضرورة، لأن ذلك مما لا بد منه فكان مستثنى من المفاوضة فاختص به المشتري لكن للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء.

وإن وقع المشتري للذي اشتراه خاصة، لأن هذا مما يجوز فيه الاشتراك وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك إلا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لأنه قضى ديناً عليه من ماله لا على وجه التبرع، لأنه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة بغير إذن الشريك، لأن الجارية مما يصح فيه الاشتراك، ولا ضرورة تدعو إلى الانفراد بملكها فصارت كسائر الأعيان بخلاف الطعام والكسوة، فإن ثمة ضرورة فأخرجا عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة في الجارية فبقيت داخلة تحت العموم، فإن اشترى ليس له أن يطأها ولا لشريكه لأنها دخلت في الشركة فكانت بينهما، فهذه جارية مشتركة بين اثنين فلا يكون لأحدهما أن يطأها.

فإن اشترى أحدهما جارية ليطأها بإذن شريكه فهي له خاصة، ولم يذكر في كتاب الشركة إن الشريك يرجع عليه بشيء أو لا يرجع.

وذكر في «**الجامع الصغير**» الخلاف فقال: عند أبي حنيفة لا يرجع عليه بشيء من الثمن وعندهما يرجع عليه بنصف الثمن.

وجه قولهما: إن الحاجة إلى الوطء متحققة فتلحق بالحاجة إلى الطعام والكسوة فإذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة فقد نقد ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف، ولأبي حنيفة: أن الأصل في كل ما يحتمل الشركة إذا اشتراه أحد الشريكين أن يقع المشتري مشتركاً بينهما من غير إذن جديد من الشريك بالشراء إلا فيما فيه ضرورة وهو ما لا بد له منه من الطعام والكسوة، ولا ضرورة في الوطء فوقع المشتري على الشركة بالإذن الثابت بأصل العقل من غير الحاجة إلى إذن آخر فلم يكن الإذن الجديد من الشريك لوقوع المشتري على الشركة، لأنه وقع على الشركة بدونه فكان للتمليك، كأنه قال اشتر جارية بيننا وقد ملكتك نصيبي منها، فكانت الهبة متعلقة بالشراء، فإذا اشترى وقبض صحت الهبة، كما لو قال إن قبضت ما لي على فلان فقد وهبته لك فقبضه يملكه. كذا هذا.

وإذا كان كذلك فقد نقد ثمن الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشيء، فإن اشترى جارية للوطء بإذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطىء العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء.

أما وجوب العقر فلا شك فيه لأن وطء ملك الغير في دار الإسلام لا يخلو عن أحد الغرامتين إما الحد وإما العقر وقد تعذر إيجاب الحد لمكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر.

وأما ولاية الأخذ من أيهما شاء فلأن هذا ضمان وجب بسبب الشراء والضمان الواجب بسبب الشراء يلزم كل واحد منهما كالثمن، لأن الشراء من التجارة فكان هذا ضمان التجارة، بخلاف المهر في النكاح الصحيح والفاسد. لأنه مال وجب بسبب النكاح، والنكاح ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة ولو أقال أحدهما في بيع ما باعه الآخر جازت الإقالة عليهما لما ذكرنا أن الإقالة في معنى الشراء وهو يملك الشراء على الشركة فيملك الإقالة، ولأن الشريك شركة العنان يملك الإقالة، فالمفاوض أولى.

وإذا مات أحد المتفاوضين أو تفرقا لم يكن للذي لم يلي المداينة أن يقبض الدين لأن الشركة بطلت بموت أحدهما لأنها وكالة، والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان أمره بموته، وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر إذا لم يكن هو الذي تولى العقد، ويجوز قبضه في نصيب نفسه لأنه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحساناً.

أما الذي ولي المداينة فله أن يقبض الجميع لأنه ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك، كما لا يبطل بالعزل، ولو آجر أحدهما نفسه في الخياطة أو عمل من الأعمال فالأجر بينهما نصفان، وإن أجر نفسه للخدمة فالأجر له خاصة، لأن في الفصل الأول آجر نفسه في عمل يملك أن يتقبل على نفسه وعلى صاحبه، فإذا عمل فقد أوفى ما عليهما فكانت الأجرة بينهما، وفي الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة فكانت الأجرة له خاصة.

وقال أبو حنيفة: إذا قضى أحدهما ديناً كان عليه قبل المفاوضة فهو جائز لأنه إذا قضى فقد صار

المقضي ديناً على القاضي أولاً ثم يصير قصاصاً بما له على القاضي فكان هذا تمليكاً بعوض فتناوله عقد الشركة فملكه فجاز القضاء وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض الدين لما ذكرنا أن قبضه قبض مضمون، لأنه قبض ما للشريك أن يملكه إياه ويرجع شريكه عليه بحصته منه لأنه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض المفاوضة وإن ازداد مال أحد الشريكين لأن الواجب دين وزيادة مال أحد الشريكين إذا كانت ديناً لا توجب بطلان المفاوضة كما لا تمنع انعقادها لما مر أن الدين لا يصلح رأس مال الشركة فإذا استرجع ذلك بطلت المفاوضة لأنه ازداد له مال صالح للشركة على مال شريكه.

ولو رهن أمة من مال المفاوضة بخمسمائة وقيمتها ألف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسمائة ولا يضمن ما بقي، لأن الزيادة أمانة في يد المرتهن فكان مودعاً في قدر الأمانة من الرهن وللمودع والمفاوض أن يودع، وكذلك وصي أيتام رهن أمة لهم بأربعمائة عليه وقيمتها ألف فماتت في يد المرتهن ذهبت بأربعمائة، وذلك يكون ديناً للورثة على الوصي، وهو أمين في الفضل. وكذلك الأب يرهن أمة ابن له صغير بدين عليه، لأن الأب والوصي يملكان الإيداع والزيادة على قدر الدين من الرهن أمانة فكانت وديعة.

قال الحسن بن زياد: قال أبو حنيفة رحمه الله: لو أقرض أحد المتفاوضين مالاً فأعطاه رجلاً ثم أخذ به سفنجة كان ذلك جائزاً عليهما ولا يضمن، توى المال أو لم يتو.

وفي قياس قول أبي يوسف:إن الذي أقرض وأخذ السفنجة يضمن حصة شريكه من ذلك، وهذا فرع اختلافهم في الكفالة أن الكفيل في حكم المقرض فإذا جازت الكفالة عند أبي حنيفة جاز القرض، وعند أبي يوسف لا تجوز الكفالة لما فيها من معنى التبرع فكذلك القرض.

وقالوا في أحد المتفاوضين:إذا استأجر إبلاً إلى مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فللمؤاجر أن يطالب أيهما شاء بالأجر، لأن المعقود عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة.

ألا ترى لو أبدله من حمل متاعه فحمل عليها متاع الشركة جاز، وإذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب به شريكه بحكم الكفالة. وإن وقع ذلك له خاصة كما لو اشترى طعاماً لنفسه إن المشتري يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا.

ولو آجر أحدهما عبداً له ورثه لم يكن لشريكه أن يقبض الإجارة لأنها بدل مال لم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه كالدين الذي وجب له بالميراث، والله عز وجل أعلم.

وأما الشركة بالأعمال، فأما العنان منها فلكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه، لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه، ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما، ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة، لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة، وإلى أيهما دفع صاحب العمل برىء لأنه دفع إلى من أمر بالدفع إليه، وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به استحساناً كذا روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أنه

قال: إذا جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعاً يأخذ صاحب العمل أيهما شاء بجميع ذلك، والقياس أن لا يكون له ذلك.

وجه القياس: ظاهر، لأن هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الآخر.

وجه الاستحسان: أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل، لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الأجر به، فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان، وإن لم تكن مفاوضة حقيقة حتى قالوا في الدين: إذا أقر أحدهما بثمن صابون أو اشنان أو غيرهما أنه لا يصدق على صاحبه إذا كان المبيع مستهلكاً إلا بإقراره أو بالبينة كذا إذا أقر أحدهما بأجر أجير أو حانوت بعد مضي هذه الإجارة.

وإن كان المبيع لم يستهلك ومدة الإجارة لم تمض لزمهما جميعاً بإقراره، وإن جحده شريكه كما في شركة العنان فدل أنه ليس لها حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة.

وقال أبو يوسف: إذا ادعى على أحدهما ثوباً عندهما فأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز الإقرار على الآخر ويدفع الثوب ويأخذ الأجرة قال: وهذا استحسان وليس بقياس لأنهما ليسا بمتفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما شريكان شركة عنان فلا ينفذ إقراره على صاحبه فيما في يد صاحبه كشريكي العنان في المال إذا أقر أحدهما بثوب من شركتهما وجحد الآخر أنه لا ينفذ إقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا.

وقد روى ابن سماعة عن محمد: أنه أخذ بالقياس في هذه المسألة وقال: ينفذ إقراره في النصف الذي في يده ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك.

ووجهه: ما ذكرنا أن الشيء في أيديهما والشركة شركة عنان وأحد شريكي العنان إذا أقر بثوب في أيديهما لا ينفذ على صاحبه وإنما استحسنا وألحقناها بالفاوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالأجرة في حق وجوب ضمان العمل فبقي الأمر فيما وراء ذلك على أصل القياس.

وجه الاستحسان: لأبي يوسف أنه لما ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الأجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل أيضاً فينفذ أقراره بمحل العمل على صاحبه.

وإن عمل أحدهما دون الآخر بأن مرض أو سافر أو بطل فالأجر بينهما على ما شرطا، لأن الأجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل لأن العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط إذا استعان برجل على القصارة والخياطة أنه يستحق الأجر، وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه.

وههنا شرط العمل عليهما فإذا عمل أحدهما يصير الشريك القابل عاملاً لنفسه في النصف ولشريكه في النصف الآخر، ويجوز شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في الضمان، بأن شرطا لأحدهما ثلثي

الكسب وهو الأجر وللآخر الثلث وشرطا العمل عليهما كذلك، سواء عمل الذي شرط له الفضل أو لم يعمل بعد أن شرطا العمل عليهما، لأن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل، بدليل أنه لو عمل أحدهما استحق الآخر الأجر. وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل.

وحكي عن الكرخي أنه علل في هذه المسألة فقال: المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه فلا يستحق الزيادة عليه، وهذا يشير إلى أن الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص وقال: هذا لا يصح، بدليل أنه لو شرط فضل الأجر لأقلهما عملاً، بأن شرط ثلثا الأجرة له جاز، فدل أن استحقاق فضل الأجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل.

ولو شرطا التفاضل في الأجرة فجعلاها أثلاثاً ولم ينسبا العمل إلى نصفين فهو جائز لأنهما لما شرطا التفاضل في الكسب، ولا يصح ذلك إلا بشرط التفاضل في العمل كان ذلك اشتراطاً للتفاضل في العمل تصحيحاً لتصرفهما عند إمكان التصحيح ولو شرطا الكسب أثلاثاً وشرطا العمل نصفين لم يجز لأن فضل لأجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان، والربح لا يستحق إلا بأحد هذه الأشياء.

وأما الوضيعة فلا تكون بينهما إلا على قدر الضمان، حتى لو شرطا أن ما يتقبلانه فثلثاه على أحدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضيعة، بينهما نصفان كانت الوضيعة باطلة والقبالة بينهما على ما شرطا على كل واحد منهما، لأن الربح إذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضيعة على قدر الضمان أيضاً، لأنه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضيعة في موضع يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لأحدهما وهو الشركة بالأموال حتى لا تكون الوضيعة فيها إلا بقدر المال، ففي موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لأحدهما، فلأن لا يجوز أن تكون الوضيعة فيه إلا على قدر الضمان أولى.

وأما المفاوضة منهما فما لزم أحدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب به من ثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير أو حانوت، ويجوز إقرار أحد الشريكين عليه وعلى شريكه بالدين، وللمقر له أن يطالب به أيهما شاء، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم المقر بإقراره والشريك بكفالته. ولو ادعى على أحدها بثوب في أيديهما فأقر به أحدهما وجحد صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ إقراره عليه.

وأما الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضة في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان والمفاوضة في الأموال.

وأما الشركة الفاسدة وهي التي فاتها شرط من شرائط الصحة فلا تفيد شيئاً مما ذكرنا لأن لأحد الشريكين أن يعمله بالشركة الصحيحة والربح فيها على قدر المالين، لأنه لا يجوز أن يكون الاستحقاق فيها بالشرط، لأن الشرط لم يصح فألحق بالعدم فبقي الاستحقاق بالمال فيقدر بقدر المال ولا أجر لأحدهما على صاحبه عندنا.

وقال الشافعي[1]: له أجره فيما عمل لصاحبه، وهذا غير سديد، إلا أنه استحق الربح بعمله فلا يستحق الأجر. والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما صفة عقد الشركة فهي أنها عقد جائز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ، إلا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بحضرة صاحبه، أي بعلمه، حتى لو فسخ بمحضر من صاحبه جاز الفسخ، وكذا لو كان صاحبه غائباً وعلم بالفسخ، وإن كان غائباً ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد، لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه، ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه، مع ما أن الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنته الشركة.

وعلى هذا الأصل قال الحسن بن زياد: إذا شارك أحد شريكي العنان رجلاً شركة مفاوضة إنه إن كان بغير محضر من شريكه لم تكن مفاوضة، وإن كان بمحضر منه صحت المفاوضة. لأن المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته ويملك عند حضرته. وهل يشترط أن يكون مال الشركة عيناً وقت الشركة لصحة الفسخ، وهي أن يكون دراهم أو دنانير ذكر الطحاوي أنه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضاً وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة، ولا رواية عن أصحابنا في الشركة وفي المضاربة، رواية وهي أن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف فإنه ينظر إن كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم لأنهما في الثمنية جنس واحد فكأنه لم يشتر بها شيئاً، وليس له أن يشتري بها عروضاً.

وإن كان رأس المال وقت النهي عروضاً فلا يصح نهيه لأنه يحتاج إلى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ إبطالاً لحقه في التصرف، فجعل الطحاوي في الشركة بمنزلة المضاربة، وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة، فقال يجوز فسخ الشركة وإن كان رأس المال عروضاً ولا يجوز فسخ المضاربة لأن مال الشركة في يد الشريكين جميعاً ولهما جميعاً ولاية التصرف فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عيناً كان المال أو عروضاً. فأما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية التصرف له لا لرب المال. فلا يملك رب المال نهيه بعدما صار المال عروضاً.

فصل: وأما بيان ما يبطل به عقد الشركة فما يبطل به نوعان: أحدهما يعم الشركات كلها. والثاني يخص البعض دون البعض. أما الذي يعم الكل فأنواع: منها الفسخ من أحد الشريكين لأنه عقد جائز غير لازم فكان محتملاً للفسخ، فإذا فسخه أحدهما عند وجود شرط الفسخ ينفسخ. ومنها موت أحدهما، أيهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت، سواء علم بموت صاحبه أو لم يعلم، لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم لأنه عزل حكمي فلا يقف على العلم.

ومنها: ردة أحدهما مع اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت.

ومنها: جنونه جنوناً مطبقاً لأن به يخرج الوكيل عن الوكالة، وجميع ما يخرج به الوكيل عن الوكالة

(١) انظر «المهذب» (١/ ٣٥٣).

يبطل به عقد الشركة، لأن الشركة تتضمن الوكالة على نحو ما فصلنا في كتاب الوكالة.

وأما الذي يخص البعض دون البعض فأنواع:

منها: هلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء في الشركة بالأموال، سواء كان المالان من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط، لأن الدراهم والدنانير يتعينان في الشركات فإذا هلكت فقد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المعقود به فيبطل العقد، بخلاف ما إذا اشترى شيئاً بدراهم معينة ثم هلكت الدراهم قبل القبض أن العقد لا يبطل، لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات ويتعينان في الشركات، ثم إنما لم تتعين الدراهم والدنانير في المعاوضات وتتعين في الشركات، لأنهما جعلا ثمنين شرعاً فلو تعينا في المعاوضات لانقلبا مثمنين، إذ المثمن اسم لعين يقابلها عوض فلو تعينت الدراهم والدنانير في المعاوضات لكان عيناً يقابلها عوض فكان مثمناً فلا يكون ثمناً وفيه تغيير حكم الشرع فلم يتعين، وليس في تعينها في باب الشركة تغيير حكم الشرع لأنها لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض، ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المفردة عن الشركة أنهما لا يتعينان في هذين العقدين وإن لم يكن التعيين فيهما تغييراً لحكم الشرع وهو جعلهما مثمنين لما لا عوض للحال يقابلهما، لأن كل واحد من العقدين وضع وسيلة إلى الشركة، والوسيلة إلى الشيء حكمه حكم ذلك الشيء، فجعل حكمهما في حق المنع من تعين الدراهم والدنانير حكم الشراء فلم يتعينا بالعقد والإشارة بل يتعينان بالقبض كما في الشراء بخلاف الشركة فإنها وإن وقعت وسيلة إلى الشراء لكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعين رأس المال لما مر، ولا يمكن جعل القبض معيناً لرأس المال لأنه لا وجه إلى إيجاب القبض فيهما ليتعين رأس المال، لأن العمل فيهما مشروط من الشريكين، وكون العمل مشروطاً من رب المال يوجب أن يكون رأس المال في يده ليمكنه العمل، وكون عمل الآخر مشروطاً يوجب التسليم إليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق به العقد، وليس وراء القبض إلا العقد، فإذا لم يمكن إيجاب القبض جعل العقد موجباً تعينهما، وإن كان وسيلة إلى الشراء لكن هذه الضرورة أوجبت استدراكه بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له.

فأما في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط، بل لو شرط ذلك في المضاربة لأوجب فسادها فأمكن جعل القبض سبباً للتعيين فلا حاجة إلى جعل العقد سبباً فلم يوجب العقد التعين إلحاقاً له بالشراء، ثم إذا هلك أحد المالين قبل الشراء هلك من مال صاحبه، لأن الهالك مال ملكه أحدهما بيقين وأنه أمانة في يد صاحبه فيهلك على صاحبه خاصة، بخلاف ما إذا كان رأس المالين من جنس واحد وخلطا ثم هلك إنه يهلك مشتركاً لأنا لا نتيقن أن الهالك مال أحدهما والله عز وجل الموفق.

ومنها: فوات المساواة بين رأسي المال في شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها في ابتداء العقد، لأن وجود المساواة بين المالين في ابتداء العقد كما هو شرط انعقاد هذا العقد على الصحة فبقاؤها شرط بقائها منعقدة لأنها مفاوضة في الحالين فلا بد من معناها في الحالين.

وعلى هذا يخرج ما إذا تفاوضا والمال مستوي ثم ورث أحدهما ما لا تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك في يده أنه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد، وإن ورث عروضاً لا

تبطل. وكذا لو ورث ديوناً لا تبطل ما لم يقبض الديون، لأنها قبل القبض لا تصلح رأس مال الشركة وكذا لو ازداد أحد المالين على الآخر قبل الشراء، بأن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير، فإن زادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة لما قلنا لأن عقد الشركة يقف تمامه على الشراء، فكان الموجود قبل الشراء كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد، والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد، فإذا طرأ عليه يبطله. قال محمد: وكذلك لو اشترى بأحد المالين ثم ازداد الآخر، لأن الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كأن الزيادة كانت وقت العقد، فإن زاد المال المشتري في قيمته كانت المفاوضة بحالها، لأن تلك الزيادة تحدث على ملكها لأنها ربح في المال المشتري فلا يفضل أحدهما على الآخر.

قال محمد رحمه الله: القياس إذا اشترى بأحد المالين قبل صاحبه أنه تنتقض المفاوضة، لأن الألف التي لم يشتر بها بقيت على ملك صاحبها، وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الآخر، فصار ماله أكثر فينبغي أن تبطل المفاوضة، إلا أنهم استحسنوا وقالوا: لا تبطل، لأن الذي اشترى وجب له على شريكه نصف الثمن ديناً فلم يفضل المال فلا تبطل المفاوضة والله عز وجل أعلم.

تم بحمد الله وحسن توفيقه الجزء السابع من مطبوعة القاهرة
ويليه الجزء الثامن وأوله كتاب المضاربة ولله الحمد والمنة
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

كتاب المضاربة

يحتاج في هذا الكتاب إلى معرفة جواز هذا العقد وإلى معرفة ركنه وإلى معرفة شرائط الركن وإلى معرفة حكمه وإلى معرفة صفة العقد وإلى معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه إذا بطل وإلى بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب.

أما الأول: فالقياس أنه لا يجوز لأنه استئجار بأجر مجهول بل بأجر معدوم ولعمل مجهول لكنا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والإجماع.

أما الكتاب: الكريم: فقوله عز شأنه: ﴿وآخَرُونَ يضرِبُونَ في الأرض يَبْتغُونَ من فضلِ اللَّهِ﴾[1] والمضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فإذا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فانتشِرُوا في الأرض وابتغُوا مِنْ فَضْلِ الله﴾[2] وقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ أَن تبتغوا فَضلاً مِنْ ربكم﴾[3].

وأما السنة: فما روي عن ابن عباس[4] رضي الله عنهما أنه قال: كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزِلَ به وَادِياً ولا يشتري به دابةً ذاتَ كبدٍ رطبة، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ فأجاز شرطه، وكذا بعث رسول الله ﷺ والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم، وذلك تقرير لهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة[5].

---

(١) سورة المزمل، الآية: (٢٠).

(٢) سورة الجمعة، الآية: (١٠).

(٣) سورة الإسراء، الآية: (١٢).

(٤) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١١١) عن العباس في القراض. والطبراني في «الأوسط». والدارقطني في «سننه» (٣/ ٦٣) عن حكيم بن حزام.

(٥) قال العلامة الحافظ قاسم ابن قطلوبغا: قال المخرجون: لم نجد ما يفيد...
قلت: قال ابن حزم في «مراتب الإجماع» صفحة (١٠٦) كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه ولله الحمد، حاشا القراض، فما وجدنا له أصلاً فيهما ألبتة، ولكنه إجماع صحيحه مجرد.
لكن يرد على كلام ابن حزم أمور ذكرها المعلق على مراتب الإجماع فانظره. وانظر «تخريج العلامة قاسم» (ب/١٢٨) مخطوط استنبول.

وأما الإجماع: فإنه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة، منهم[١] سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمرو وسيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنهم، ولم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد، ومثله يكون إجماعاً.

وروي «أن عبد الله وعبيد الله ابني سيدنا عمر قدما العراق وأبو موسى الأشعري أمير بها فقال لهما»: «لو كان عندي فضل لأكرمتكما، ولكن عندي مال لبيت المال أدفعه إليكما فابتاعا به متاعاً واحملاه إلى المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه إلى أمير المؤمنين»، فلما قدما المدينة قال لهما سيدنا عمر رضي الله عنه: «هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم»، فسكت عبد الله وقال عبيد الله: «ليس لك ذلك لو هلك منا لضمنا»، فقال بعض الصحابة: يا أمير المؤمنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف ولبيت المال النصف، فرضي به سيدنا عمر رضي الله عنه[٢]. وعلى هذا تعامل الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا في سائر الأعصار من غير إنكار من أحد.

وإجماع أهل كل عصر حجة فترك به القياس، ونوع من القياس يدل على الجواز أيضاً، وهو أن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة، لأن الإنسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدي إلى التجارة وقد يهتدي إلى التجارة لكنه لا مال له، فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم.

فصل: وأما ركن العقد فالإيجاب والقبول، وذلك بألفاظ تدل عليهما، فالإيجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة وما يؤدي معاني هذه الألفاظ بأن يقول: رب المال خذ هذا المال مضاربة على أن ما رزق الله عز وجل أو أطعم الله تعالى منه من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة، وكذا إذا قال مقارضة أو معاملة، ويقول: المضارب أخذت أو رضيت أو قبلت ونحو ذلك فيتم الركن بينهما.

أما لفظ المضاربة: فصريح مأخوذ من الضرب في الأرض وهو السير فيها سمي هذا العقد مضاربة لأن المضارب يسير في الأرض ويسعى فيها لابتغاء الفضل، وكذا لفظ المقارضة صريح في عرف أهل المدينة لأنهم يسمون المضاربة مقارضة، كما يسمون الإجارة بيعاً، ولأن المقارضة مأخوذة من القرض وهو القطع، سميت المضاربة مقارضة لما أن رب المال يقطع يده عن رأس المال ويجعله في يد المضارب، والمعاملة لفظ يشتمل على البيع والشراء وهذا معنى هذا العقد.

ولو قال: خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله عز وجل من شيء فهو بيننا على كذا ولم يزد على هذا فهو جائز لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد، والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ حتى

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» في القراض (٦/ ١١١) عن ابن عمر وجابر.
وعن عمر البيهقي في «المعرفة» من طريق الشافعي. وأخرجه أيضاً عن عثمان وعن ابن مسعود. ومالك عن عثمان في «الموطأ» (٢/ ٦٨٨) وعن علي أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق.

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٨٧) في الفرائض، باب ما جاء في القراض.
والشافعي في «المسند» (٢/ ٥٩٣). والدارقطني في «سننه» (٣/ ١٣).

ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع والهبة والتمليك عندنا.

وذكر في «**الأصل**»: لو قال خذ هذه الألف فابتع بها متاعاً فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا، فقبل هذا كان مضاربة استحساناً، والقياس أن لا يكون مضاربة.

وجه القياس: أنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع، ولا يتحقق معنى المضاربة إلا بالشراء والبيع.

وجه الاستحسان: أنه ذكر الفضل، ولا يحصل الفضل إلا بالشراء والبيع فكان ذكر الابتياع ذكراً للبيع، وهذا معنى المضاربة.

ولو قال: خذ هذه الألف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحساناً.

والقياس: أن لا يكون لأنه لم يذكر الشراء والبيع فلا يتحقق معنى المضاربة.

وجه الاستحسان: أنه لما ذكر الأخذ والأخذ ليس عملاً يستحق به العوض وإنما يستحق بالعمل في المأخوذ وهو الشراء والبيع، فتضمن ذكره ذكر الشراء والبيع.

ولو قال: خذ هذا المال فاشتر به هروياً بالنصف أو رقيقاً بالنصف ولم يزد على هذا شيئاً فاشترى كما أمره فهذا فاسد وللمشتري أجر مثل عمله فيما اشترى وليس له أن يبيع ما اشترى إلا بأمر رب المال، لأنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر البيع ليحمل على المضاربة فحمل على الاستئجار على الشراء بأجر مجهول، وذلك فاسد، فإذا اشترى كما أمره فالمستأجر استوفى منافعه بعقد فاسد فاستحق أجر مثل عمله وليس له أن يبيع ما اشترى من غير إذن الآمر، لأنه أمره بالشراء لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير إذنه، فإن باع منه شيئاً لا ينفذ بيعه من غير إجازة رب المال، ويضمن قيمته إن لم يقدر على عينه لأنه صار متلفاً مال الغير بغير إذنه، وإن أجاز رب المال البيع والمتاع قائم جاز والثمن لرب المال، لأن عدم الجواز لحقه فإذا أجاز فقد زال المانع.

وكذلك لو كان لا يدري حاله أنه قائم أو هالك فأجاز لأن الأصل هو بقاء المبيع حتى يعلم هلاكه، وإنما شرط قيام المبيع لأنه شرط صحة الإجازة لما عرف أن ما لا يكون محلاً لإنشاء العقد عليه لا يكون محلاً لإجازة العقد فيه، وإن علم أنه هلك فالإجازة باطلة لما ذكرناه.

وروى بشر عن أبي يوسف: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع فما ربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان على المدفوع إليه المال ما لم يخالف، لأنه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة. وكذلك لو شرط عليه أن الوضيعة عليّ وعليك، فهذه مضاربة والربح بينهما والوضيعة على رب المال، لأن شرط الوضيعة على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى المضاربة.

وروي عن علي بن الجعد عن أبي يوسف: لو أن رجلاً دفع إلى رجل ألف درهم ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضاً ولا شركة، وقال: ما ربحت فهو بيننا فهذه مضاربة لأن الربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع فكان ذكر الربح ذكراً للشراء والبيع، وهذا معنى المضاربة.

ولو قال: خذ هذه الألف على أن لك نصف الربح أو ثلثه ولم يزد على هذا فالمضاربة جائزة قياساً

واستحساناً وللمضارب ما شرط، وما بقي فلرب المال، والأصل في جنس هذه المسائل أن رب المال إنما يستحق الربح لأنه نماء ماله لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه إلى الشرط بدليل أنه إذا فسد الشرط كان جميع الربح له والمضارب لا يستحق إلا بالشرط، لأنه إنما يستحق بمقابلة عمله والعمل لا يتقوم إلا بالعقد.

إذا عرف هذا فنقول في هذه المسألة: إذا سمى للمضارب جزأ معلوماً من الربح فقد وجد في حقه ما يفتقر إلى استحقاقه الربح فيستحقه والباقي يستحقه رب المال بماله.

ولو قال: خذ هذا المال مضاربة على أن لي نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة، وهو قول الشافعي(١) رحمه الله ولكنها جائزة استحساناً ويكون للمضارب النصف.

وجه القياس: أن رب المال لم يجعل للمضارب شيئاً معلوماً من الربح، وإنما سمى لنفسه النصف فقط، وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة إليها، فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة، وإنما الحاجة إلى التسمية في حق المضارب ولم يوجد فلا تصح المضاربة.

وجه الاستحسان: أن المضاربة تقتضي الشركة في الربح فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب، كأنه قال: خذ هذا المال مضاربة على أن لك النصف كما في ميراث الأبوين في قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبواهُ فلأمِهِ الثُلُثُ﴾(٢) لما كان ميراث الميت لأبويه، وقد جعل الله عز وجل للأم منه الثلث كان ذلك جعل الباقي للأب. كذا هذا.

ولو قال: على أن لي نصف الربح ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لما ذكرنا أن استحقاق المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال لكونه من نماء ماله، فإذا سلم المشروط للمضارب بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال لكونه من نماء ماله.

ولو قال رب المال: على أن ما رزق الله عز وجل فهو بيننا جاز ذلك وكان الربح بينهما نصفين، لأن البين كلمة قسمة، والقسمة تقتضي المساواة إذا لم يبين فيها مقدار معلوم، قال الله عز شأنه: ﴿وَنَبِّئهِمْ أَنْ الماءَ قِسْمَة بَينَهُمْ﴾(٣).

وقد فهم منها التساوي في الشرب، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿هَذِهِ نَاقَةٌ لها شِربٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يوم مَعلوم﴾(٤) هذا إذا شرط جزء من الربح في عقد المضاربة لأحدهما، إما المضارب، وإما رب المال وسكت عن الآخر.

فأما إذا شرط لهما ولغيرهما بأن شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث لثالث سواهما، فإن كان الثالث أجنبياً أو كان ابن المضارب وشرط عليه العمل جاز وكان الربح بينهم أثلاثاً، وإن لم يشرط

---

(١) قال صاحب «المهذب» «فيه وجهان: الأول: يصح ويكون الربح بينهما نصفين. . والثاني: لا يصح وهو الصحيح لأن الربح كله لرب المال بالملك وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم يشرط له شيئاً فبطل» (١٥/ ١٧١) «المجموع مع تكملة المطيعي».

(٢) سورة النساء، الآية: (١١).

(٣) سورة القمر، الآية: (٢٨).

(٤) سورة الشعراء، الآية: (١٥٥).

عليه العمل لم يجز، وما شرط له يكون لرب المال، لأن الربح لا يستحق في المضاربة من غير عمل ولا مال وصار المشروط له كالمسكوت عنه.

وإن كان الثالث عبد المضارب فإن كان عليه دين فكذلك عند أبـي حنيفة رحمه الله أن شرط عمله لأن المضارب لا يملك كسب عبده فكان كالأجنبي، وإن لم يشترط عمله فما شرطه فهو لرب المال لما ذكرنا في الأجنبـي.

وعند أبـي يوسف ومحمد: المشروط له يكون للمضارب لأن المولى يملك كسبه عندهما كما يملك لو لم يكن عليه دين.

وإن كان الثالث عبد رب المال فهو على هذا التفصيل أيضاً أنه إن كان عليه دين فإن شرط عمله فهو كالأجنبي عند أبـي حنيفة، لأن المولى لا يملك أكسابه، وإن لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما قلنا، وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل أو لم يعمل، لأن المولى يملك كسب عبده كان عليه دين أو لا، فإن لم يكن على العبد دين ففي عبد المضارب الثلثان للمضارب والثلث لرب المال، لأنه إذا لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط له مشروطاً للمولى وصار كأنه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد رب المال الثلث للمضارب والثلثان لرب المال، لأن المشروط له يكون مشروطاً لمولاه إذا لم يكن عليه دين فصار كأن رب المال شرط لنفسه الثلثين.

وعلى هذا قالوا: لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لقضاء دين المضارب والثلث لرب المال أن الثلثين للمضارب والثلث لرب المال.

وكذا لو شرط ثلث الربح للمضارب والثلث لرب المال والثلث لقضاء دين رب المال أن الثلثين لرب المال والثلث للمضارب، لأن المشروط لقضاء دين كل واحد منهما مشروط له.

فصل: وأما شرائط الركن فبعضها يرجع إلى العاقدين وهما رب المال والمضارب، وبعضها يرجع إلى رأس المال، وبعضها: يرجع إلى الربح.

أما الذي يرجع إلى العاقدين وهما رب المال والمضارب، فأهلية التوكيل والوكالة، لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال وهذا معنى التوكيل.

وقد ذكر شرائط أهلية التوكيل والوكالة في كتاب الوكالة ولا يشترط إسلامهما، فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم والذمي والحربـي المستأمن، حتى لو دخل حربـي دار الإسلام بأمان فدفع ماله إلى مسلم مضاربة أو دفع إليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز لأن المستأمن في دارنا بمنزلة الذمي، والمضاربة مع الذمي مضاربة جائزة فكذلك مع الحربـي المستأمن، فإن كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بأمان فعمل بالمال فهو جائز لأنه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين فصار كأنهما في دار واحدة.

وإن كان المضارب هو الحربـي فرجع إلى داره الحربـي، فإن كان بغير إذن رب المال بطلت

المضاربة، وإن كان بإذنه فذلك جائز ويكون على المضاربة وكون الربح بينهما على ما شرطا، إن رجع إلى دار الإسلام مسلماً أو معاهداً أو بأمان استحساناً، والقياس: أن تبطل المضاربة.

وجه القياس: أنه لما عاد إلى دار الحرب بطل أمانه وعاد إلى حكم الحرب كما كان فبطل أمر رب المال عند اختلاف الدارين، فإذا تصرف فيه فقد تعدى بالتصرف فملك ما تصرف فيه.

وجه الاستحسان: أنه لما خرج بأمر رب المال صار كأن رب المال دخل معه، ولو دخل رب المال معه إلى دار الحرب لم تبطل المضاربة، فكذا إذا دخل بأمره، بخلاف ما إذا دخل بغير أمره، لأنه لما لم يأذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار تصرفه لنفسه فملك الأمر به.

وقد قالوا في المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان فدفع إليه حربي مالاً مضاربة مائة درهم:أنه على قياس قول أبي حنيفة ومحمد جائز، فإن اشترى المضارب على هذا وربح أو وضع فالوضيعة على رب المال والربح على ما اشترط، ويستوفي المضارب مائة درهم والباقي لرب المال، وإن لم يكن في المال ربح إلا مائة فهي كلها للمضارب، وإن كان أقل من مائة فذلك للمضارب أيضاً ولا شيء للمضارب على رب المال، لأن رب المال لم يشترط المائة إلا من الربح.

فأما على قول أبي يوسف فالمضاربة فاسدة وللمضارب أجر مثله، وهذا فرع اختلافهم في جواز الربا في دار الحرب لما علم. وأما الذي يرجع إلى رأس المال فأنواع:

منها: أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض، وعند مالك هذا ليس بشرط وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة أن ربح ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن. لأن العروض تتعين عند الشراء بها، والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم لا شيء على المضارب، فالربح عليها يكون ربح ما لم يضمن **«ونَهى رسولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ربحِ مَا لَمْ يضمنْ»**[1]، وما لا يتعين يكون مضموناً عند الشراء به، حتى لو هلكت العين قبل التسليم فعلى المشتري به ضمانه فكان الربح على ما في الذمة فيكون ربح المضمون، ولأن المضاربة بالعروض تؤدي إلى جهالة الربح وقت القسمة، لأن قيمة العروض تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين، والجهالة تفضي إلى المنازعة، والمنازعة تفضي إلى الفساد. وهذا لا يجوز.

وقد قالوا: إنه لو دفع إليه عروضاً فقال له: بعها واعمل بثمنها مضاربة، فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز لأنه لم يضف المضاربة إلى العروض وإنما أضافها إلى الثمن، والثمن تصح به المضاربة، فإن باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبي حنيفة بناءً على أصله في الوكيل بالبيع مطلقاً أنه يبيع بالأثمان وغيرها، إلا أن المضاربة فاسدة لأنها صارت مضافة إلى ما لا تصح المضاربة به وهو الحنطة والشعير، وأما على أصلهما فالبيع لا يجوز لأن الوكيل بالبيع مطلقاً لا يملك البيع بغير الأثمان، ولا تفسد المضاربة لأنها لم تصر مضافة إلى ما لا يصلح به رأس مال المضاربة.

---

(١) تقدم تخريجه.

وأما تبر الذهب والفضة فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة الدراهم والدنانير، والأمر فيه موكول إلى التعامل، فإن كان الناس يتعاملون به فهو بمنزلة الدراهم والدنانير فتجوز المضاربة به، وإن كانوا لا يتعاملون به فهو كالعروض فلا تجوز المضاربة به.

وأما الزيوف والنبهرجة فتجوز المضاربة بها ذكره محمد رحمه الله لأنها تتعين بالعقد كالجياد.

وأما الستوقة فإن كانت لا تروج فهي كالعروض، وإن كانت تروج فهي كالفلوس، وذكر ابن سماعة عن أبـي يوسف في الدراهم التجارية لا يجوز المضاربة بها لأنها كسدت عندهم وصارت سلعة قال: ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام لأنهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس.

وأما الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيها في كتاب الشركة.

فالحاصل أن في جواز المضاربة بها روايتين عن أبـي حنيفة، ذكر محمد في المضاربة الكبيرة في «**الجامع الصغير**» وقال: لا تجوز المضاربة إلا بالدراهم والدنانير عند أبـي حنيفة، وروى الحسن عنه أنها تجوز.

والصحيح من مذهب أبـي يوسف: أنها لا تجوز.

وعند محمد: تجوز بناءً على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت أثماناً كالدراهم والدنانير، وعند أبـي حنيفة وأبـي يوسف تتعين فكانت كالعروض.

ومنها: أن يكون معلوماً فإن كان مجهولاً لا تصح المضاربة، لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح وكون الربح معلوماً شرط صحة المضاربة.

ومنها: أن يكون رأس المال عيناً لا ديناً، فإن كان ديناً فالمضاربة فاسدة، وعلى هذا يخرج ما إذا كان لرب المال على رجل دين فقال له: اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف أن المضاربة فاسدة بلا خلاف فإن اشترى هذا المضارب وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحال عند أبـي حنيفة.

وعندهما: ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه وضيعته بناءً على أن من وكل رجلاً يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند أبـي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرأ عما في ذمته عنده، وإذا لم يصح الأمر بالشراء بما في الذمة لم تصح إضافة المضاربة إلى ما في الذمة، وعندهما يصح التوكيل ولكن لا تصح المضاربة، لأن الشراء يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض، لأنه يصير في التقدير كأنه وكله بشراء العروض ثم دفعه إليه مضاربة فتصير مضاربة بالعروض فلا تصح.

ولو قال لرجل: اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة جاز، لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض فكان رأس المال عيناً لا ديناً، ولو أضاف المضاربة إلى عين هي أمانة في يد المضارب من الدراهم والدنانير، بأن قال للمودع أو المستبضع: اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك بلا خلاف، وإن أضافها إلى مضمونة في يده كالدراهم والدنانير المغصوبة فقال للغاصب: اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك عند أبـي يوسف والحسن بن زياد، وقال زفر: لا يجوز.

وجه قوله: أن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يد المضارب والمغصوب مغصوب في يده فلا يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح، ولأبي يوسف: أن ما في يده مضمون إلى أن يأخذ في العمل، فإذا أخذ في العمل وهو الشراء تصير أمانة في يده فيتحقق معنى المضاربة فتصح، وسواء كان رأس المال مفروزاً أو مشاعاً بأن دفع مالاً إلى رجل بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعاً في المال فالمضاربة جائزة، لأن الإشاعة لا تمنع من التصرف في المال، فإن المضارب يتمكن من التصرف في المشاع، وكذا الشركة لا تمنع المضاربة، فإن المضارب إذا ربح يصير شريكاً في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فإذا لم يمنع البقاء لا يمنع الابتداء.

وعلى هذا يخرج ما إذا دفع إلى رجل ألف درهم فقال: نصفها عليك قرض ونصفها مضاربة أن ذلك جائز.

أما جواز المضاربة فلما قلنا، وأما جواز القرض في المشاع وإن كان القرض تبرعاً والشياع يمنع صحة التبرع كالهبة، فلأن القرض ليس بتبرع مطلق، لأنه وإن كان في الحال تبرعاً، لأنه لا يقابله عوض للحال فهو تمليك المال بعوض في الثاني، ألا ترى أن الواجب فيه رد المثل لا رد العين فلم يكن تبرعاً من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة فإنها تبرع محض فعمل الشيوع فيها، وإذا جاز القرض والمضاربة كان نصف الربح للمضارب، لأنه ربح ملكه وهو القرض ووضيعته عليه والنصف الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطا لأنه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعته على رب المال، ولا تجوز قسمة أحدهما دون صاحبه لأنه مال مشترك بينهما فلا ينفرد أحد الشريكين بقسمته. قالوا: ولو كان قال له: خذ هذه الألف على أن نصفها قرض عليك على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح لي فهذا مكروه لأنه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض، وقد «نَهى رسولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ قرضٍ جَرّ نَفْعًا»[1] فإن عمل على هذا فربح أو وضع فالربح بينهما نصفان وكذا الوضيعة.

أما الربح فلأن المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال.

وأما الوضيعة: فلأنها جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره، ولو قال: خذ هذه الألف على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك غير مقسوم فالهبة فاسدة لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، فإن عمل في المال فربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرطا والوضيعة عليهما.

أما نصف الربح للمضارب حصة الهبة فلأنه يثبت الملك له فيه إذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له، وأما

---

(١) أخرجه الحارث بن أبي أسامة في «مسنده» وفي إسناده سَوّار بن مصعب متروك كما في «الميزان» (٢/٢٤٦) (٣٦١٦).
وقال ابن حجر في «بلوغ المرام»: إسناده ساقط.
وعند البيهقي بطرق عن بعض الصحابة موقوفاً بمعناه.
وأخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» بسنده عن عطاء قال: كانوا يكرهون كل قرض جرَّ منفعة.

النصف الآخر فإنما يكون ربحه بينهما على الشرط لأنه استفيد بمال المضاربة مضاربة صحيحة.

وأما كون الوضيعة عليهما فلأنها جزء هالك من المال والمال مشترك، فإن هلك المال في يد المضارب قبل أن يعمل أو بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة لأنه مقبوض بعقد فاسد فكان مضموناً عليه كالمقبوض ببيع فاسد، ولو كان دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة فقبضه المضارب على ذلك فهو جائز والمال على ما سميا من المضاربة والبضاعة والوضيعة على رب المال ونصف الربح لرب المال ونصفه على ما شرطا، لأن الإشاعة لا تمنع من العمل في المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة.

وإنما كانت الوضيعة على رب المال لأنه لا ضمان على المبضع، والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة البضاعة من الربح لرب المال خاصة، لأن المبضع لا يستحق الربح، وحصة المضاربة بينهما على ما شرطا، لأنه ربح حصل من مال المضاربة والمضاربة قد صحت فيكون بينهما على الشرط.

ولو دفع إليه على أن نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في يد المضارب على ما سميا، لأن كل واحد منهما، أعني الوديعة والمضاربة أمانة فلا يتنافيان، فكان نصف المال في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة، إلا أن التصرف لا يجوز إلا بعد القسمة، لأن كل جزء من المال بعضه مضاربة وبعضه وديعة، والتصرف في الوديعة لا يجوز.

فإن قسم المضارب المال نصفين ثم عمل بأحد النصفين على المضاربة فربح أو وضع فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفان ونصف الربح للمضارب ونصفه على ما شرطا؛ لأن قسمة المضارب المال لم تصح لأن المالك لم يأذن له فيها فإذا أفرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة ومال المضاربة، فما كان في حصة الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب، وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط.

ومن هذا الجنس ما إذا دفع إلى رجل متاعاً فباع نصفه من المدفوع إليه بخمسمائة ثم أمره أن يبيع النصف الباقي ويعمل بالثمن كله مضاربة على أن ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخمسمائة، ثم عمل بها وبالخمسمائة التي عليه فربح في ذلك أو وضع فالوضيعة عليهما نصفان، والربح بينهما نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن من مذهبه أن من كان له على رجل دين فأمره أن يشتري له بذلك الدين شيئاً لا يصح والمشتري يكون للمأمور لا للآمر، ويكون الدين على المأمور حاله.

وإذا كان كذلك فهنا أمر أن يعمل بالدين وبنصف ثمن المباع فما ربح في حصة الدين فهو للمدفوع إليه لأنه تصرف في ملك نفسه فيكون ربحه له، وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع والوضيعة عليهما لأن المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما.

وأما في قياس قول أبي يوسف ومحمد: فمقدار ما ربح في الخمسمائة التي أمره أن يبيع نصف المتاع بها فهو بينهما نصفان على ما شرطا وما ربح في النصف الذي عليه من الدين يكون لرب المال لأن من أصلهما أن الأمر بالشراء بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة، لأنه إذا اشترى صار عروضاً والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة هنا جائزة في النصف فاسدة في النصف، فالربح في الصحيحة يكون

بينهما على الشرط، وفي الفاسدة يكون لرب المال.

ولو شرط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسألة بحالها، فإن في قول أبـي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطا، نصف الربح من نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب الدافع، كأنه قال له: اعمل في نصيبك على أن الربح لك واعمل في نصيبـي على أن لك ثلث الربح من نصيبـي.

وأما على قياس قولهما: فقد دفع إليه نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فما ربح في النصف الذي كان ديناً فهو لرب المال لأنه مضاربة فاسدة، وما ربح في النصف الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرطا فصار لرب المال ثلثا الربح وللمضارب الثلث.

وإن كان شرط لرب المال ثلثي الربح وللمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان في قول أبـي حنيفة لأن رب المال شرط النصف من نصيب نفسه، والزيادة من نصيب المضارب، وشرط الزيادة من غير عمل ولا رأس مال باطل فيكون الربح على قدر المال. وفي قياس قولهما: نصف الربح لرب المال خاصة لأن المضاربة فيه فاسدة وللمضارب ثلث ربح النصف الآخر.

ومنها: تسليم رأس المال إلى المضارب لأنه أمانة فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة، ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقاء يده، حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة لما قلنا.

فرق بين هذا وبين الشركة فإنها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله، والفرق: أن المضاربة انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين وعلى العمل من الجانب الآخر ولا يتحقق العمل إلا بعد خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطاً موافقاً مقتضى العقد بخلاف الشركة لأنها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط زوال يد رب المال عن العمل يناقض مقتضى العقد. وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال فسدت المضاربة، سواء عمل رب المال معه أو لم يعمل، لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال وأنه شرط فاسد.

ولو سلم رأس المال إلى رب المال ولم يشترط عمله ثم استعان به على العمل أو دفع إليه المال بضاعة جاز، لأن الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده، وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد لا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة، حتى إن الأب أو الوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة، لأن يد الصغير باقية لبقاء ملكه فتمنع التسليم. وكذلك أحد شريكي المفاوضة أو العنان إذا دفع مالاً مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب، لأن لشريكه فيه ملكاً فيمنع التسليم.

فأما العاقد إذا لم يكن مالكاً للمال فشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان ممن يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة لم تفسد المضاربة، كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة، وشرطا أن يعملا مع المضارب بجزء من الربح، لأنهما لو أخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما جاز، فكذا إذا شرطا عملهما مع المضارب وصار كالأجنبي.

وإن كان العاقد ممن لا يجوز أن يأخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله فسد العقد، كالمأذون إذا دفع

مالاً مضاربة وشرط عمله مع المضارب، لأن المأذون وإن لم يكن مالكاً رقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً من التسليم والقبض فيمنع صحة المضاربة.

وإن شرط المأذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه فالمضاربة فاسدة لأن المولى هو المالك للمال حقيقة، فإذا حصل المال في يده فقد وجد يد المالك فيمنع التسليم، وإن كان عليه دين فالمضاربة جائزة في قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن المولى لا يملك هذا المال فصار كالأجنبي.

وأما المكاتب إذا شرط عمل مولاه لم تفسد المضاربة، لأن المولى لا يملك أكساب مكاتبه وهو فيها كالأجنبي.

ولو دفع إلى إنسان مالاً مضاربة وأمره أن يعمل برأيه ودفعه المضارب الأول إلى آخر مضاربة على أن يعمل المضارب معه أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة، لأن اليد للمضارب والملك للمولى وكل ذلك يمنع من التسليم. وقد قالوا في المضارب إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث: فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الأولى على حالها جائزة والربح بين رب المال وبين المضارب على ما شرطا في المضاربة الأولى ولا أجر لرب المال.

أما فساد المضاربة الثانية فلأن يد رب المال يد ملك، ويد الملك مع يد المضارب لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية وبقيت المضاربة الأولى على حالها، ولم يذكر القدوري رحمه الله في «**شرحه مختصر الكرخي**» خلافاً، وذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**» أن هذا مذهب أصحابنا الثلاثة، وعند زفر رحمه الله تنفسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رب المال والرد عليه. وجه قوله: أن زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت إعادة يده إليه مفسدة لها.

ولنا: أن رب المال يصير معيناً للمضارب، والإعانة لا توجب إخراج المال عن يده فيبقى العقد الأول ولا أجر لرب المال لأنه عمل في ملك نفسه فلا يستحق الأجر، وأما الذي يرجع إلى الربح فأنواع:

منها: إعلام مقدار الربح، لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، ولو دفع إليه ألف درهم عن أنهما يشتركان في الربح ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك والربح بينهما نصفان، لأن الشركة تقتضي المساواة، قال الله تعالى عز شأنه: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾[1]، ولو قال على أن للمضارب شركاً في الربح جاز في قول أبي يوسف والربح بينهما نصفان، وقال محمد: المضاربة فاسدة. وجه قول محمد: أن الشركة هي النصيب.

قال الله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شركٌ في السَّمواتِ﴾[2] أي نصيب.

وقال تعالى: ﴿وَمَا لَهُمْ فيهما مِنْ شركٍ﴾[3] أي نصيب فقد جعل له نصيباً من الربح والنصيب مجهول فصار الربح مجهولاً.

---

(١) سورة النساء، الآية: (١٢).

(٢) سورة فاطر، الآية: (٤٠).

(٣) سورة سبأ، الآية: (٢٢).

وجه قول أبي يوسف: أن الشرك بمعنى الشركة، يقال: شركته في هذا الأمر أشركه شركة وشركاً قال القائل:

وشاركنا قريشاً في بقاها ... وفي أحسابها شرك العنان

ويذكر بمعنى النصيب أيضاً لكن في الحمل على الشركة تصحيح للعقد فيحمل عليها، ومنها أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءاً شائعاً نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً، فإن شرطا عدداً مقدراً بأن شرطا أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز والمضاربة فاسدة، لأن المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح، وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة.

وكذلك إن شرطا أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم أو قالا: إلا مائة درهم فإنه لا يجوز كما ذكرنا أنه شرط يقطع الشركة في الربح لأنه إذا شرطا لأحدهما النصف ومائة، فمن الجائز أن يكون الربح مائتين فيكون كل الربح للمشروط له، وإذا شرط له النصف إلا مائة فمن الجائز أن يكون نصف الربح مائة فلا يكون له شيء من الربح.

ولو شرطا في العقد أن تكون الوضيعة عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة، والأصل في الشرط الفاسد إذا دخل في هذا العقد أنه ينظر إن كان يؤدي إلى جهالة الربح يوجب فساد العقد، لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد. وإن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضيعة عليهما شرط فاسد لأن الوضيعة جزء هالك من المال فلا يكون إلا على رب المال لا أنه يؤدي إلى جهالة الربح فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به العقد، ولأن هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع إلى المعقود عليه كالهبة والرهن، ولأنها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة.

وذكر محمد في المضاربة: إذا قال رب المال للمضارب: لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر ما عملت في المضاربة صحت المضاربة من الثلث وبطل الشرط، وذكر في المزارعة إذا دفع إليه أرضه بثلث الخارج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالمزارعة باطلة.

من أصحابنا من قال: في المسألة روايتان: رواية كتاب المزارعة تقتضي فساد المضاربة، لأن المشروط للمضارب من المشاهرة معقود عليه وهو قطع عنه الشركة، وهذا يفسد المضاربة، وفي رواية كتاب المضاربة يقتضي أن تصح المضاربة لأنه عقد على ربح معلوم ثم ألحق به شرطاً فاسداً فيبطل الشرط وتصح المضاربة، والصحيح هو الفرق بين المسألتين، لأن معنى الإجازة في المزارعة أظهر منه في المضاربة، بدليل أنها لا تصح إلا بمدة معلومة، والمضاربة لا تفتقر صحتها إلى ذكر المدة، فالشرط الفاسد جاز أن يؤثر في المزارعة ولا يؤثر في المضاربة.

وعلى هذا الأصل: قال محمد فيمن دفع ألفاً مضاربة على أن الربح بينهما نصفين على أن يدفع إليه رب

المال أرضه ليزرعها سنة، أو داراً ليسكنها سنة فالشرط باطل والمضاربة صحيحة، لأنه ألحق بها شرطاً فاسداً لا تقتضيه فبطل الشرط.

ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجرة الدار والأرض فصارت حصة العمل مجهولة العقد فلم يصح العقد.

وروى المعلى عن أبي يوسف في رجل دفع مالاً إلى رجل مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو على أن يبيع في دار المضارب كان جائزاً ولو شرطا أن يسكن المضارب دار رب المال أو رب المال دار المضارب فهذا لا يجوز. لأنه إذا شرط البيع في أحد الدارين فإنما خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد على منافع الدار. وإذا شرط للمضارب السكنى فقد جعل تلك المنفعة أجرة له، وأطلق أبو يوسف أنه لا يجوز، ولم يذكر أنه لا يجوز الشرط أو لا تجوز المضاربة.

وذكر القدوري رحمه الله أنه ينبغي أن يكون الفساد في الشرط لا في في المضاربة. ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا، وعند الشافعي رحمه الله هي مضاربة فاسدة وله أجرة مثل ما إذا عمل. وجه قوله: أن المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطاً فاسداً.

ولنا: أنه إذا لم يمكن تصحيحها مضاربة تصحح قرضاً، لأنه أتى بمعنى القرض، والعبرة في العقود لمعانيها، وعلى هذا إذا شرط جميع الربح لرب المال فهو أبضاع عندنا؛ لوجود معنى الإبضاع.

فصل: وأما بيان حكم المضاربة فالمضاربة لا تخلو إما أن تكون صحيحة أو فاسدة ولكل واحد منهما أحكام، أما أحكام الصحيحة فكثيرة بعضها يرجع إلى حال المضارب في عقد المضاربة وبعضها يرجع إلى عمل المضارب ما لكل واحد منهما أن يعمله وما ليس له أن يعمله، وبعضه يرجع إلى ما يستحقه المضارب بالعمل وما يستحقه رب المال بالمال.

أما الذي يرجع إلى حال المضارب في عقد المضاربة فهو أن رأس المال قبل أن يشتري المضارب به شيئاً أمانة في يده بمنزلة الوديعة، لأنه قبضه بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة، فإذا اشترى به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع، لأنه تصرف في مال الغير بأمره وهو معنى الوكيل، فيكون شراؤه على المعروف وهو أن يكون بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله، كالوكيل بالشراء وبيعه على الاختلاف المعروف في الوكيل بالبيع المطلق. ولو اشترى شراء فاسداً يملك إذا قبض لا يكون مخالفاً ويكون الشراء على المضاربة، وكذا إذا باع شيئاً من مال المضاربة بيعاً فاسداً لا يصير مخالفاً ولا يضمن، لأن المضاربة توكيل، والوكيل بالشراء والبيع مطلقاً يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفاً، فإذا ظهر في المال ربع صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح، لأنه ملك جزءاً من المال المشروط بعمله والباقي لرب المال. لأنه نماء ماله، فإذا فسدت بوجه من الوجوه صار بمنزلة الأجير لرب المال، فإذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة الغاصب ويصير المال مضموناً عليه ويكون ربح المال كله بعدما صار مضموناً عليه له، لأن الربح بالضمان لكنه لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له. وهو على

اختلافهم في الغاصب والمودع إذا تصرفا في المغصوب والوديعة وربحا.

ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه إليه ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفعه إلى المستقرض فيستعين به في العمل، حتى لو هلك في يده كان القرض عليه، وإذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط.

وحيلة أخرى: أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب إلا درهماً واحداً ويسلمه إليه ويشهد على ذلك، ثم إنهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهماً ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملا جميعاً وشرطا أن يكون الربح بينهما، ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال، فإن هلك المال في يده كان القرض على حاله، ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط.

وأما الذي يرجع إلى عمل المضارب مما له أن يعمله بالعقد وما ليس له أن يعمل به. فجملة الكلام فيه أن المضاربة نوعان: مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله، والمقيدة أن يعين شيئاً من ذلك، وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام: قسم منه للمضارب أن يعمله من غير الحاجة إلى التنصيص عليه ولا إلى قول: اعمل برأيك فيه.

وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له: اعمل فيه برأيك إلا بالتنصيص عليه، وقسم منه ما له أن يعمله إذا قيل له: اعمل فيه برأيك، وإن لم ينص عليه.

وقسم منه ما ليس له أن يعمله رأساً وإن نص عليه.

وأما القسم الذي للمضارب أن يعمله من غير التنصيص عليه ولا قول: اعمل برأيك كالمضاربة المطلقة عن الشرط والقيد.

وهي ما إذا قال له: خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا، أو قال: خذ هذا المال مضاربة على كذا فله أن يشتري به ويبيع لأنه أمره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع، وكذا المقصود من عقد المضاربة هو الربح، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع، إلا أن شراءه يقع على المعروف، وهو أن يكون بمثل قيمة المشترى أو بأقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله لأنه وكيل وشراء الوكيل يقع على المعروف.

فإن اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة بمنزلة الوكيل بالشراء.

وأما بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم في التوكيل بمطلق البيع أنه يملك البيع نقداً ونسيئة وبغبن فاحش في قول أبي حنيفة رحمه الله فالمضارب أولى، لأن المضاربة أعم من الوكالة.

وعندهما: لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله، وهي من مسائل كتاب الوكالة، وله

أن يشتري ما بدا له من سائر أنواع التجارات في سائر الأمكنة مع سائر الناس لإطلاق العقد.

وله: أن يدفع المال بضاعة لأن الإبضاع من عادة التجار، ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح والإبضاع طريق إلى ذلك، ولأنه يملك الاستئجار فالإبضاع أولى، لأن الاستئجار استعمال في المال بعوض والإبضاع استعمال فيه بغير عوض فكان أولى.

وله أن يودع لأن الإيداع من عادة التجار، ومن ضرورات التجارة.

وله: أن يستأجر من يعمل في المال لأنه من عادة التجار وضرورات التجارة أيضاً، لأن الإنسان قد لا يتمكن من جميع الأعمال بنفسه فيحتاج إلى الأجير. وله: أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها، لأنه لا يقدر على حفظ المال إلا به، وله أن يستأجر السفن والدواب للحمل، لأن الحمل من مكان إلى مكان طريق يحصل الربح ولا يمكنه النقل بنفسه.

وله أن يوكل بالشراء والبيع، لأن التوكيل من عادة التجار، ولأنه طريق الوصول إلى المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك، ولأن المضاربة أعم من الوكالة، ويجوز أن يستفاد بالشيء ما هو دونه، بخلاف الوكالة المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة إلا إذا قيل له: اعمل برأيك، لأن المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح، بل إدخال المبيع في ملكه، وكذا الوكالة الثانية مثل الأولى، والشيء لا يستتبع مثله، وكل ما للمضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره؛ وكل ما لا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على رب المال، لأنه لما لم يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى.

وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة، وأن يرتهن بدين له منها على رجل، لأن الرهن بالدين والارتهان من باب الإيفاء والاستيفاء وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان.

وليس له أن يرهن بعد نهي رب المال عن العمل ولا بعد موته، لأن المضاربة تبطل بالنهي والموت إلا في تصرف ينضر به رأس المال، والرهن ليس تصرفاً ينضر به رأس المال فلا يملكه المضارب.

ولو باع شيئاً وأخر الثمن جاز، لأن التأخير للثمن عادة التجار، وأما على أصل أبـي حنيفة عليه الرحمة فلأن الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن فالمضارب أولى لأن تصرفه أعم من تصرف الوكيل، إلا أن الوكيل بالبيع إذا أخر الثمن يضمن عندهما والمضارب لا يضمن، لأن المضارب يملك أن يستقبل ثم يبيع نسيئة فيملك التأخير ابتداء فلم يضمن. فأما الوكيل فلا يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة فإذا أخر ضمن.

وأما عند أبـي يوسف: فإنما جاز تأخير المضارب دون الوكيل لهذا المعنى أيضاً، وهو أن المضارب يملك أن يشتري السلعة أو يستقبل فيها ثم يبيعها نساء فيملك تأخير ثمنها والوكيل لا يملك ذلك، وله أن يحتال بالثمن على رجل موسراً كان المحتال عليه أو معسراً، لأن الحوالة من عادة التجار، لأن الوصول إلى الدين قد يكون أيسر من ذمة المحال عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصي إذا احتال بمال اليتيم إن ذلك إن كان أصلح جاز وإلا فلا، لأن تصرف الوصي في مال اليتيم مبني على النظر، وتصرف المضارب مبني على عادة التجار، قال محمد: وله أن يستأجر أرضاً بيضاء ويشتري ببعض المال طعاماً فيزرعه فيها، وكذلك له أن يقلبها ليغرس فيها نخلاً أو شجراً أو رطباً فذلك كله جائز والربح على ما شرطا، لأن الاستئجار من

التجارة لأنه طريق حصول الربح، وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب.

وللمضارب أن لا يسافر بالمال لأن المقصود من هذا العقد استنماء المال وهذا المقصود بالسفر أوفر، ولأن العقد صدر مطلقاً عن المكان فيجري على إطلاقه، ولأن مأخذ الاسم دليل عليه، لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير، قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾[1] ولأنه طلب الفضل. وقد قال الله تعالى عز شأنه: ﴿وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾[2] وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف في رواية محمد عنه، وفي رواية أصحاب «الإملاء» عنه ليس له أن يسافر.

وروي عنه: أنه فرق بين الذي يثبت في وطنه وبين الذي لا يثبت، وبين ما له حمل ومؤنة وبين ما لا حمل له ولا مؤنة في الشركة فالمضارب على ذلك، وقد ذكرنا وجه كل واحد من ذلك في كتاب الشركة، وقد قال أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله: إنه إذا دفع إليه المال بالكوفة وهما من أهليها فإن أبا حنيفة قال: ليس له أن يسافر بالمال.

ولو كان الدفع في مصر آخر غير «الكوفة» فللمضارب أن يخرج به حيث شاء وقد ذكرنا وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة.

وأما وجه رواية أبي يوسف عنه: فهو أن المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز إلا بإذن رب المال نصاً أو دلالة، فإذا دفع المال إليه في بلدهما فلم يأذن له بالسفر نصاً ودلالة لم يكن له أن يسافر. وإذا دفع إليه في غير بلدهما فقد وجد دلالة الإذن بالرجوع إلى الوطن. لأن العادة أن الإنسان لا يأخذ المال مضاربة ويترك بلده. فكان دفع المال في غير بلدهما رضاً بالرجوع إلى الوطن فكان إذناً دلالة، وله أن يأذن لعبيد المضاربة بالتجارة في ظاهر الرواية، لأن الإذن بالتجارة من التجارة ومن عادة التجار أيضاً.

وروى ابن رستم عن محمد: أنه لا يملك ذلك بإطلاق المضاربة، لأن الإذن بالتجارة أعم من المضاربة فلا يستتبع ما هو فوقه، وله أن يبيعهم إذا لحقهم دين سواء كان المولى حاضراً أو غائباً، لأن البيع في الدين من التجارة فلا يقف على حضور المولى.

ولو جنى عبد المضاربة بأن قتل إنساناً خطأ وقيمته مثل مال المضارب بأن كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها عبداً قيمته ألف فقتل إنساناً خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء، لأن الدفع أو الفداء ليس من التجارة، ولا ملك أيضاً للمضارب في رقبته لانعدام الفعل والتدبير في جنايته إلى رب المال لأن رقبته خالص ملكه ولا ملك للمضارب فيها بخلاف عبد المأذون إذا جنى أنه يخاطب المأذون بالدفع أو الفداء مع غيبة المولى، لأن العبد المأذون في التصرف كالحر، لأنه يتصرف لنفسه كالحر، بدليل أنه لا يرجع بالعهدة على المولى، ولو كان متصرفاً للمولى لرجع بالعهدة عليه، فلما لم يرجع دل أنه يتصرف لنفسه، وإنما يظهر حق المولى في كسبه عند فراغه عن حاجته، فإذا تعلقت الجناية برقبته صارت مشغولة فلا يظهر حق المولى فيخاطب بالدفع كالحر.

---

(١) سورة المزمل، الآية: (٢٠).
(٢) سورة الجمعة، الآية: (١٠).

فأما المضارب فإنه وكيل رب المال في التصرف حتى يرجع بالعهدة عليه والوكيل بالشراء لا يخاطب بحكم الجناية فهو الفرق بين المسألتين، فإن اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء فله ذلك، لأن بالفداء يستبقي مال المضاربة وله فيه فائدة في الجملة لتوهم الربح. ولو دفع رب المال أو فدى خرج العبد من المضاربة.

أما إذا دفع فلا شك فيه لأن بالدفع زال ملكه لا إلى بدل فصار كأنه هلك وإذا فدى فقد لزمه ضمان ليس من مقتضيات المضاربة. ولأن اختيار الفداء دليل رغبته في عين العبد فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح، لأن ذلك بالبيع.

ولو كان قيمة العبد ألفين فجنى جناية خطأ لا يخاطب المضارب بالدفع أو الفداء إذا كان رب المال غائباً لما قلنا، وليس لأصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل إلا أن لهم أن يستوثقوا من الغلام بكفيل إلى أن يقدم المولى، وكذا لا يخاطب المولى بالدفع أو الفداء إذا كان المضارب غائباً، وليس لأحدهما أن يفدي حتى يحضرا جميعاً، فإن فدى كان متطوعاً بالفداء، فإذا حضرا دفعا أو فديا، فإن دفعا فليس لهما شيء، وإن فديا كان الفداء عليهما أرباعاً وخرج العبد من المضاربة، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية.

وجه قوله: أن نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعين رأس المال، لأن التعيين بالقسمة ولم توجد، فبقي المال على حكم ملك رب المال فكان هو المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب.

ولهما: أنه إذا كان في المضاربة فضل كان للمضارب ملك في العبد، ولهذا لو أعتقه نفذ إعتاقه في نصيبه، وإذا كان له نصيب في العبد كان فداء نصيبه عليه فلا بد من حضوره.

وأما قوله: أن حقه لم يتعين في الربح لعدم تعيين رأس المال فممنوع، بل تعين ضرورة لزوم الفداء في نصيبه ولا يلزم إلا بتعيين حقه، ولا يتعين حقه إلا بتعيين رأس المال، ولا يتعين رأس المال إلا بالقسمة فثبتت القسمة ضرورة، فإن اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء فلهما ذلك، لأن كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار كالعبد المشترك، غير أن في العبد المشترك إذا حضر أحد الشريكين وغاب الآخر يخاطب الآخر بحكم الجناية من الدفع أو الفداء، وههنا لا يخاطب واحد منهما ما لم يحضرا جميعاً، لأن تصرف أحدهما يتضمن قسمه، لأن المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء. والقسمة لا تصح إلا بحضرتهما. والدفع أو الفداء من أحد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكماً في حق الشريك الآخر فلا يقف على حضوره، وهذا بخلاف العبد المرهون إذا كانت قيمته أكثر من الدين فجنى جناية خطأ أنه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية، فإن اختار أحدهما الدفع والآخر الفداء لم يكن لهما ذلك ويلزمهما أن يجتمعا على أحد الأمرين؛ لأن الملك هناك واحد فاختلاف اختيارهما يوجب تبعيض موجب الجناية في حق مال واحد وهذا لا يجوز؛ كالعبد الذي ليس برهن. وهنا مالك العبد اثنان، فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحد.

وقد قالوا: إذا غاب أحدهما وادعيت الجناية على العبد لم تسمع البينة حتى يحضرا، لأن كل واحد منهما له حق العبد فكان التدبير في الجناية إليهما فلا يجوز سماع البينة على أحدهما مع غيبة الآخر، وإنما أخذ بالعبد كفيل لأنه لا يؤمن عليه أن يغيب فيسقط حق ولي الجناية، لأن حقه تعلق برقبته فكان له أن يستوثق حقه بكفيل.

وحقوق العقد في الشراء والبيع ترجع إلى المضارب لا إلى رب المال، لأن المضارب هو العاقد فهو الذي يطالب بتسليم المبيع ويطالب بتسليم الثمن ويقبض المبيع والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه، ويخاصم ويخاصم لما قلنا.

ولو اشترى المضارب عبداً معيباً قد علم رب المال بعيبه ولم يعلم به المضارب فللمضارب أن يرده، ولو كان علم بالعيب ولم يعلم به رب المال لم يكن للمضارب أن يرده، لأن حقوق العقد تتعلق بالمضارب لا برب المال، فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال.

ولو اشترى عبداً فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشراء: رضيت بهذا العبد بطل الرد لأن الملك لرب المال فإذا رضي به فقد أبطل حق نفسه، ولو أن رب المال دفع إليه ألف درهم مضاربة على أن يشتري بها عبد فلان بعينه ثم يبيعه فاشتراه المضارب ولم يره فليس له أن يرده بخيار الرؤية ولا بخيار العيب. لأن أمره بالشراء بعد العلم رضاً منه بذلك العيب، فكأنه قال بعد الشراء قد رضيت، بخلاف ما إذا أمره بشراء عبد غير معين، لأنه لا يعلم أنه يشتري العبد المعيب لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به، وهل له أن يأخذ بالشفعة في دار اشتراها أجنبي إلى جنب دار المضارب، أو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة؟

ففيه تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى.

ولو دفع المال إلى رجلين مضاربة فليس لأحدهما أن يبيع ويشتري بغير إذن صاحبه ولا يعمل أحدهما شيئاً مما للمضارب الواحد أن يعمله، سواء قال لهما: اعملا برأيكما أو لم يقل، لأنه رضي برأيهما ولم يرض برأي أحدهما فصارا كالوكيلين، وأذن له الشريك في شيء من ذلك جاز في قولهم جميعاً، لأنه لما أذن له فقد اجتمع رأيهما فصار كأنهما عقدا جميعاً.

وأما القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله إلا بالتنصيص عليه في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة، ولو استدان لم يجز على رب المال ويكون ديناً على المضارب في ماله، لأن الاستدانة إثبات زيادة في رأس المال من غير رضا رب المال، بل فيه إثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه، لأن ثمن المشتري برأس المال في باب المضاربة مضمون على رب المال بدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فإن المضارب يرجع إلى رب المال بمثله، فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز.

ثم الاستدانة هي أن يشتري المضارب شيئاً بثمن دين ليس في يده من جنسه حتى إنه لو لم يكن في يده شيء من رأس المال من الدراهم والدنانير بأن كان اشترى برأس المال سلعة ثم اشترى شيئاً بالدراهم أو

الدنانير لم يجز على المضاربة وكان المشتري له عليه ثمنه من ماله لأنه اشترى بثمن ليس في يده من جنسه فكان مستديناً على المضاربة فلم تجز على رب المال وجاز عليه، لأن الشراء وجد نفاذاً عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف، وسواء كان اشترى بثمن حال أو مؤجل، لأنه لما اشترى بما ليس في يده من جنسه صار مستديناً على المضاربة وهو لا يملك ذلك.

ولو كان ما في يد المضارب من العبد أو العرض يساوي رأس المال أو أكثر فاشترى شيئاً للمضاربة بالدراهم والدنانير لبيع العرض ويؤدي ثمنه منها لم يجز، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً لما ذكرنا أنه استدانة.

ولو باع ما في يده من العرض بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده قبل حل الأجل لم ينتفع بذلك لأنه لما خالف في حالة الشراء لزمه الثمن وصارت السلعة له، لأنه لم يملك الشراء للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك للمضاربة. وكذا إذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال الذي في يده، لأن الزيادة تكون ديناً وليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه، حتى لو اشترى سلعة بألفي درهم ومال المضاربة ألف كانت حصة الألف من السلعة المشتراة للمضاربة، وحصة ما زاد على الألف للمضارب خاصة. له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين عليه في ماله لأنه يملك الشراء بالألف ولا يملك الشراء بما زاد عليها للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوقع له وكذا إذا قبض المضارب رأس المال وهو قائم في يده فليس له أن يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف المؤجل إذا لم يكن في يده شيء من ذلك، لأن الشراء بغير المال يكون استدانة على المال.

ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل أو موزون فاشتري ثوباً أو عبداً بمكيل أو موزون موصوف في الذمة كان المشتري للمضارب لأن في يده من جنسه فلم يكن استدانة.

ولو كان في يده دراهم فاشترى سلعة بدراهم نسيئة لم يكن استدانة لأن في يده من جنسه، ولو كان في يده دراهم فاشتري بدنانير. أو كان في يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز على رب المال، وهو قول زفر، وفي الاستحسان يجوز.

وجه القياس: أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة، كما لو اشترى بالعروض.

وجه الاستحسان: أن الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد لأنهما أثمان الأشياء بهما تقدر النفقات وأروش الجنايات وقيمة المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر فكانا بمنزلة شيء واحد فكان مشترياً بثمن في يده من جنسه.

وكذلك لو اشترى بثمن هو من جنس رأس المال لكنه يخالفه في الصفة بأن اشترى بدراهم بيض ورأس المال دراهم سود، أو اشترى بصحاح ورأس المال غلة، أو اشترى بدراهم سود ورأس المال دراهم بيض، أو اشترى بدراهم غلة ورأس المال صحاح فذلك جائز على المضاربة.

وقال زفر: لا يجوز شيء من ذلك على المضاربة ويكون استدانة، ويجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس.

وقال محمد: إن اشترى بما صفته أنقص من صفة رأس المال جاز، وهذا يشير إلى أنه لو اشترى بما صفته أزيد من صفة رأس المال أنه لا يجوز على المضاربة. ووجهه: أنه إذا اشترى بما صفته أنقص من صفة رأس المال كان في يده ذلك القدر الذي اشترى به ذلك القدر وزيادة فجاز.

وإذا اشترى بما صفته أكمل لم يكن في يده القدر الذي اشترى به فلا يجوز على المضارب، والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، لأنه لما جاز عند اختلاف الجنس فلأن يجوز عند اختلاف الصفة أولى، لأن تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس.

ولو كان رأس المال ألف درهم فاشترى سلعة بألف أو بدنانير أو بفلوس قيمة ذلك ألف لا يملك أن يشتري بعد ذلك على ألف المضاربة شيئاً بألف أخرى أو غير ذلك لأن مال المضاربة كان مستحقاً بالثمن الأول. فلو اشترى بعد ذلك لصار مستديناً على مال المضاربة فلا يملك ذلك، فإن اشترى عليها أولاً عبداً بخمسمائة لا يملك بعد ذلك أن يشتري إلا بقدر خمسمائة، لأن الخمسمائة خرجت من المضاربة، وكذلك كل دين يلحق رأس المال، لأن ذلك صار مستحقاً من رأس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة، فإذا اشترى بأكثر مما بقي صار مستديناً على مال المضاربة فلا يصح.

ولو باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من الأموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الأموال ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له أن يشتري متاعاً بثمن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره بأن اشترى عبداً بكرّ حنطة موصوفة، فإن اشترى بكر حنطة وسط وفي يده الوسط أو بكر حنطة جيدة وفي يده جاز، وإن كان في يده أجود مما اشترى به أو أدون لم يكن للمضاربة وكان للمضارب لأنه إذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستديناً على المضاربة فلا يجوز، وليس اختلاف الصفة هنا كاختلاف الصفة في الدراهم، لأن اختلاف الجنس هناك بين الدراهم والدنانير لا يمنع الجواز، فاختلاف الصفة أولى لأنه دونه، واختلاف الجنس هنا يمنع الجواز فكذا اختلاف الصفة.

ثم في جميع ما ذكرنا أنه لا يجوز من المضارب الاستدانة على رب المال، يستوي فيه ما إذا قال رب المال: اعمل برأيك أو لم يقل، لأن قوله اعمل برأيك تفويض إليه فيما هم من المضاربة، والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب إلا بإذن رب المال بها نصاً.

ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على إصلاح مال المضاربة، حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثياباً ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعاً في ذلك كله، لأنه إذا لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستئجار مستديناً على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقداً لنفسه متطوعاً في مال الغير، كما لو حمل متاعاً لغيره أو قصر ثياباً لغيره بغير أمره. وقال محمد: وكذلك إذا صبغها سوداً من ماله فنقصها ذلك لأن الاستدانة لا تجوز ولا يصير شريكاً بالسواد، لأنه لم يوجب في العين زيادة، بل أوجب نقصاناً فيها ولا يضمن بفعله. سواء قال له: اعمل برأيك أو لم يقل لأنه مأذون فيه بعقد المضاربة، بدليل أنه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب به سوداً

فنقصهما ذلك لم يضمن، وكذلك إذا صبغها بمال نفسه. ولو صبغ المتاع بعصفر أو زعفران أو صبغ يزيد فيها وليس في يده من مال المضاربة شيء.

فإن كان لم يقل اعمل برأيك فهو ضامن ورب المال بالخيار إن شاء ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم إليه المتاع، وإن شاء ترك المتاع حتى يباع فيتصرف فيه رب المال بقيمته أبيض وتصرف المضارب بما زاد الصبغ فيه، لأن الصبغ عين مال قائم فما أصاب المتاع فهو مال المضاربة وما زاد الصبغ فللمضارب خاصة لأن الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من غير المضاربة والمضارب إذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له: اعمل برأيك يضمن وصار كأجنبي خلط المال.

ولو صبغ الثياب أجنبي كان للمالك الخيار إن شاء ضمنه قيمتها وإن شاء تركها على الشركة وتضاربا بثمنها على الشركة. كذا هذا.

وإن كان قال له: اعمل برأيك فلا ضمان عليه، لأنه إذا قال ذلك فله أن يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ملكه فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فإذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض فما أصاب ذلك كان في المضاربة وما أصاب الصبغ كان للمضارب.

وإذا أذن للمضارب أن يستدين على مال المضاربة جاز له الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه، وكان المشترى بينهما نصفين، لأنه لا يمكن أن يجعل المشترى بالدين مضاربة، لأن المضاربة لا تجوز إلا في مال عين فتجعل شركة وجوه ويكون المشتري بينهما نصفين، لأن مطلق الشركة يقتضي التساوي، وسواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثاً لأن هذه شركة على حدة فلا يبنى على حكم المضاربة، وقد بينا في كتاب الشركة أنه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه إلا بشرط التفاضل في الضمان، فإن شرطا التفاضل في الضمان كان الربح كذلك، وإن أطلقا كان المشترى نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح، وإذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن ديناً عليهما من غيره مضاربة فلا يملك المضارب أن يرهن به مال المضاربة إلا بإذن رب المال، فإن أذن له أن يرهن بجميع الثمن فقد أعاره نصف الرهن ليرهن بدينه وإن هلك صار مضموناً عليه وليس له أن يقرض مال المضاربة، لأن القرض تبرع في الحال، إذ لا يقابله عوض للحال، وإنما يصير مبادلة في الثاني، ومال الغير لا يحتمل التبرع.

وكذلك الهبة والصدقة لأن كل واحد منهما تبرع، ولا يأخذ سفتجة لأن أخذها استدانة وهو لا يملك الاستدانة.

وكذا لا يعطى سفتجة لأن إعطاء السفتجة إقراض وهو لا يملك الإقراض إلا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن أبي حنيفة أنه قال: ليس له أن يقرض ولا أن يأخذ سفتجة حتى يأمره بذلك بعينه، فيقول له: خذ السفاتج وأقرض إن أحببت.

فأما إذا قال له: اعمل في ذلك برأيك، فإنما هذا على البيع والشراء والشركة والمضاربة وخلط المال، وهذا قول أبي يوسف وقولنا لما ذكرنا أن قوله: اعمل في ذلك برأيك تفويض الرأي إليه في المضاربة، والتبرع ليس من عمل المضاربة، وكذا الاستدانة، بل هي عند الإذن شركة وجوه وهي عقد آخر وراء

المضاربة، وهو إنما فوض إليه الرأي في المفاوضة خاصة لا في عقد آخر لا تعلق له بها فلا يدخل في ذلك، وليس له أن يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله ، وإن قال له: اعمل برأيك، ولو اشترى يصير مخالفاً لأن المضاربة توكيل بالشراء، والتوكيل بالشراء مطلقاً ينصرف إلى المتعارف، وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يُتغابن الناس في مثله. ولأن الشراء بما لا يتغابن في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة، وليس له أن يعتق على مال لأنه إزالة الملك عن الرقبة بدين في ذمة المفلس فكان في معنى التبرع ولأنه ليس بتجارة، إذ التجارة مبادلة المال بالمال وهذا مبادلة العتق بالمال، وليس له أن يكاتب لأن الكتابة ليست بتجارة لانعدام مبادلة المال بالمال، لهذا لا يملكه المأذون له في التجارة، وليس له أن يعتق عبداً من المضاربة إذا لم يكن في نفس العبد فضل عن رأس المال، فإن أعتق لم ينفذ لأن العقد السابق لا يفيده، ولأنه لا يملك الإعتاق على مال وفيه معنى المبادلة فالإعتاق بغير مال أولى، ولا ملك للمضارب في العبد مما لا ينفذ إعتاقه، وسواء كان في يد المضارب مال آخر سوى العبد أو لم يكن. لأن العبد إذا كان بقدر رأس المال لا فضل فيه لم يتعين للمضارب فيه حق لأنه مشغول برأس المال، بدليل أنه لو هلك ذلك المال يصير العبد رأس المال.

وإن كان في نفس العبد المعتق فضل عن رأس المال جاز إعتاقه في قدر حصته من الربح، لأنه إذا كان قيمته أكثر من رأس المال فقد تعين للمضارب فيه ملك فينفذ إعتاقه في قدر نصيبه كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما، وكذلك إن كاتب عبداً من المضاربة أو أعتقه على مال ولم يكن فيه فضل أنه لم يجز، وإن كان فيه فضل كان كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما على مال فإذا قبل العبد عتق عليه نصيبه وكان رب المال بالخيار، ولرب المال فسخ الكتابة قبل الأداء لأنه لا يتضرر به في الحال وفي الثاني، أما في الحال فلا يمتنع عليه بيع نصيبه وهبته ما دام شيء منه فكذا هذا.

وأما الثاني: فلأنه لو أدى وعتق نفسه يفسد الباقي على رب المال فأكد دفع هذا الضرر بالفسخ، لأن الكتابة قابلة للفسخ فله أن يفسخ كأحد الشريكين إذا باع حصته من بيت معين من دار مشتركة بينهما كان لشريكه نقض بيعه، وإن باع ملك نفسه لما أن الشريك يتضرر بنفاذ هذا البيع، فإنه متى أراد أن يقسم الدار يحتاج إلى قسمين: قسمة البيت مع المشتري وقسمة بقية الدار مع الشريك الأول ويتضرر فكان له نقض البيع دفعاً للضرر عنه فكذا هذا بخلاف ما إذا دبر المضارب نصيبه أو أعتق أنه ينفذ. وإن كان يتضرر به رب المال لأن الضرر إنما يدفع إذا أمكن، وهناك لا يمكن، لأن التدبير والإعتاق تصرفان لا يحتملان الفسخ بخلاف الكتابة، فإن أدى الكتابة قبل الفسخ عتق لوجود شرط العتق وهو الأداء، إلا أن لرب المال أن يأخذ مما أداه المكاتب قدر حصته من المؤدى لأنه كسب عبد مشترك بينهما.

وكذلك إذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما أنه لا يجوز إعتاقه عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يجوز إعتاقه في نصيبه منهما، لأن رأس المال ليس إلا الألف، فما زاد على ذلك يكون ربحاً ويكون للمضارب فيه نصيب فينفذ إعتاقه في نصيبه.

ولنا أنه لم يتعين للمضارب ملك في أحد العبدين، لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون رأس المال والآخر ربحاً، فليس أحدهما بأن يجعل رأس المال والآخر ربحاً أولى من القلب فيجعل كل واحد منهما كأن

ليس معه غيره، ولأن حق المضارب لا يتعين في الربح قبل تعين رأس المال ورأس المال لم يتعين إلا بتعيين ملك المضارب في الربح.

وكذلك لو كان في يد المضارب عشرون عبداً قيمة كل واحد منهم ألف درهم ورأس المال ألف درهم أنه لا يجوز عتقه في واحد منهم، لأنه لا يتعين للمضارب في واحد منهم ملك، لأن كل واحد منهم يصلح أن يكون هو رأس المال، فإذا لم يملك شيئاً منهم لا ينفذ إعتاقه.

من مشايخنا من قال: هذا على أصل أبي حنيفة أن العبيد والجواري لا يقسمون قسمة واحدة بل كل شخص يقسم على حدة، لأن العبيد والجواري بمنزلة أجناس مختلفة من سائر الأموال ولا يتعين للمضارب ملك في الأجناس المختلفة من العروض ونحوها.

فأما على أصل أبي يوسف ومحمد أنهم يقسمون قسمة واحدة بمنزلة الدواب فظهر الربح فينفذ إعتاقه في قدر نصيبه من الربح.

وقال بعض مشايخنا: إن هذا بالاتفاق لأن عندهما إنما يقسم القاضي قسمة واحدة إذا رأى القاضي ذلك، فأما قبل ذلك فلا، بل العبيد بمنزلة الأجناس المختلفة لهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بدون بيان الثمن بالاتفاق، كالتوكيل بشراء ثوب، لهذا لو كانت العبيد للخدمة بين اثنين لا تجب على أحدهما صدقة الفطر بسببهم في عامة الروايات.

والأصل أن مال المضاربة إذا كان من جنس واحد وفيه فضل عن رأس المال، أنه يضم بعضه إلى بعض ويتعين نصيب المضارب فيما زاد على رأس المال وإذا كان من جنسين مختلفين كل واحد منهما مثل رأس المال لا يضم أحدهما إلى الآخر فلا يتعين للمضارب في أحدهما ملك لاشتغال كل واحد منهما برأس المال. وقد قالوا في هذه المسألة: إن رب المال لو أعتق العبيد نفذ إعتاقه في جميعهم لأنه إذا لم يتعين للمضارب في واحد منهم ملك نفذ على رب المال فإذا أعتقهم بلفظة واحدة عتقوا ويضمن حصة المضارب فيهم سواء كان موسراً أو معسراً.

أما الضمان فلأن المضارب وإن لم يملك شيئاً من العبيد فقد كان له حق أن يتملك وقد أفسده عليه رب المال فيضمن، وإنما استوى فيه اليسار والإعسار لأنه أعتق الكل مباشرة ونفذ إعتاقه في الكل فصار متلفاً المال عليه، بخلاف ضمان العتق، لأنه يعتق نصيب المعتق ابتداء ثم يسري إلى نصيب الشريك على أصل أبي يوسف ومحمد، لذلك اختلف فيه اليسار والإعسار.

وكذلك لو اشترى المضارب عبداً من مال المضاربة فادعى أنه ابنه إنه إن لم يكن فيه فضل لم تجز دعوته، وإن كان فيه فضل جازت دعوته وعتق، لأن هذه دعوة تحرير وإنها مبنية على الملك، فإذا لم يكن فيه فضل فازدادت قيمة رأس المال بعد ذلك فظهر فيه فضل جازت دعوته وعتق عليه وكان كعبد بين اثنين عتق على أحدهما نصيبه بغير فعله بأن ورث نصيبه، وإنما كان كذلك، لأنه لما ادعى النسب ولا ملك له في الحال كانت دعوته موقوفة على الملك فإذا ازدادت قيمته فقد ملك جزءاً منه فنفذت دعوته فيه، كمن ادعى النسب في ملك غيره ثم ملك أنه تنفذ دعوته بخلاف ما إذا أعتقه ثم ازدادت قيمته أنه لا ينفذ إعتاقه لأن إنشاء الإعتاق في

ملك الغير لا يتوقف، كمن أعتق ملك غيره ثم ملكه. ولا ضمان على المضارب في ذلك لأن العبد عتق من غير صنعه، لأنه عتق بزيادة القيمة والعبد المشترك إذا عتق على أحد الشريكين بغير فعله لا يضمن للشريك شيئاً.

ولو اشترى أمة قيمتها ألف ورأس المال ألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعى الولد لا يكون ولده ولا تكون الأم أم ولد له، لأنه ليس لأحدهما فضل على رأس المال. هكذا ذكر الكرخي.

وذكر القدوري رحمه الله: أن هذا محمول على أنها علقت قبل أن يشتريها، فأما إذا كان العلوق بعد الشراء فحكم المسألة يتغير لأن المضارب يغرم العقر مائة فإذا استوفاها رب المال منه جعل المستوفى من رأس المال فينتقص رأس المال وصار تسعمائة فيتعين للمضارب ملك فيهما جميعاً فنفذت دعوته ويثبت النسب، وإذا ثبت النسب ضمن المضارب من قيمة الأم سبعمائة حتى يستوفي رب المال تمام رأس ماله ثم يغرم خمسين درهماً وهو تمام ما بقي من الأم، فظهر أن الولد ربح بينهما فيعتق نصف الولد من المضاربة ويسعى في النصف لرب المال.

قال عيسى بن أبان: أن هذا الجواب هو الصحيح. وذكر محمد في الأصل مسألة أخرى طعن فيها عيسى وهو ما إذا اشترى جارية بألف درهم تساوي ألفاً فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعاه المضارب لم يثبت نسبه ويغرم العقر، فإن زادت قيمة الولد حتى صارت ألفين يثبت النسب من المضارب لأنه ملك بعضه لظهور الربح في الولد بزيادة قيمته فيعتق ربعه عليه ولا ضمان عليه لأنه عتق بزيادة القيمة ولا صنع له فيها، ويسعى العبد في ثلاثة أرباع قيمته لرب المال، والجارية على حالها لم تصر أم ولد للمضارب ما لم يستوف رب المال العقر والسعاية، لأن المضارب لا يظهر له الربح في الجارية حتى يصل إلى رب المال شيء من المال فلا يملك شيئاً منها، ولا صحة للاستيلاد بدون الملك.

ولو لم تزد قيمة الولد ولكن زادت قيمة الأم فصارت ألفين فإن الجارية أم ولد له لظهور الربح فيها بزيادة قيمتها وعلى المضارب ثلاثة أرباع قيمتها لرب المال وإن لم يكن له صنع فيها، لأن ضمانها ضمان تملك لهذا استوى فيه اليسار والإعسار فيستوي أن يكون بفعله أو من طريق الحكم، ولا يثبت نسب الولد من المضارب لأنه لم يملك من الولد شيئاً ما لم يأخذ رب المال شيئاً من رأس ماله. ولو زادت قيمتها جميعاً فصارت قيمة كل واحد منهما ألف درهم يثبت نسب الولد وتصير الجارية أم ولد له لأنه ملك بعض كل واحد منهما. لأنه ظهر الفضل في كل واحد منهما بزيادة قيمته، ويضمن المضارب لرب المال تمام قيمة الجارية ألفي درهم وعقر مائة درهم، فظهر أن رب المال استوفى رأس ماله واستوفى من الربح ألفاً ومائة وللمضارب أن يستوفي من ربح الولد مقدار ألف ومائة فعتق الولد منه بذلك المقدار وبقي من الولد مقدار تسعمائة ربح بينهما، لأن لكل واحد منهما أربعمائة وخمسون فما أصاب المضارب عتق وما أصاب رب المال سعى فيه الولد.

قال عيسى: هذا الجواب خطأ، والصحيح أن يقال: يضمن المضارب من الأم ثلاثة أرباع قيمتها ونصف العقر وبقي الولد ربحاً بينهما يسعى في نصف قيمته لرب المال ويسقط عنه النصف بحصة المضارب.

قال القدوري رحمه الله: هذا الذي ذكره عيسى هو جواب محمد في المسألة التي قدمناها إذا لم تزد قيمة كل واحد منهما.

وعلى قياس ما قال محمد في المسألة الزيادة تجب أن يقول: إذا لم تزد قيمتها ينبغي أن يغرم المضارب ألفاً ومائة ثم يستوفي المضارب من الولد مائة وبقي تسعمائة بينهما، فمن أصحابنا من قال: القياس ما أجاب به في المسألة التي لم تزد القيمة فيها.

ووجهه: أن المضارب لا يغرم بعدما غرم تمام رأس ماله إلا نصف ما بقي من الأم، لأن نصف ما بقي من الأم ربح بينهما فلا يجوز أن يغرم الكل، والذي أجاب به في مسألة الزيادة هو الاستحسان، لأن في غرم تمام قيمة الجارية تكثير العتق، والعتق والرق إذا اجتمعا غلبت الحرية الرق.

ومن أصحابنا من قال: إنما افترقت المسألتان لوصفهما، لأن سبب العتق في مسألة الزيادة زيادة قيمة الولد. وفي المسألة الأخرى سبب العتق قبض رب المال العقر. فلما شارك رب المال المضارب في سبب عتقه أن يجتمع ربحه في الجارية.

وأما في المسألة الأخرى لما كان عتقه بسبب الزيادة صرف نصيب رب المال إلى الجارية. لأن المضارب قد مكلها، وقد قيل أيضاً إن في تلك المسألة إنما قصد تكثير العتق، وفي المسألة الأخرى إذا لم تزد القيمة لا يتبين تكثير العتق، لأن الفضل فيما بينهما مقدار نصف العشر، فلا يتبين بذلك المقدار تكثير العتق.

وقد قالوا في المضارب: إذا اشترى جارية بألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فادعاه رب المال ثبت النسب وعتق الولد وصارت الجارية أم ولد له وانتقضت المضاربة ولا ضمان عليه، لأن دعوته صادفت ملكه فثبت النسب واستندت الدعوة إلى وقت العلوق ولا قيمة للولد في ذلك الوقت ولا فضل في المال فلا تجب عليه القيمة ولا العقر لأنه وطىء ملك نفسه، وليس له أن يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة في قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة، وعند أبي يوسف رحمه الله يزوج الأمة ولا يزوج العبد، وقد ذكرنا المسألة في موضع آخر.

وروى ابن رستم عن محمد أنه ليس له أن يزوج أمة من المضاربة لأنه لا يملك أن يشتري شيئاً من مال المضاربة لنفسه فلا يملك أن يعقد على جارية المضاربة لنفسه، فإن تزوج بإذن رب المال فهو جائز إذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة، أما الجواز فلأنه إذا لم يكن في المال ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وإنما له حق التصرف وإنه لا يمنع النكاح كالعبد المأذون.

وأما خروج الأمة عن المضاربة فلأن العادة أن من تزوج أمة حصنها ومنعها من الخروج والبروز، والمضاربة تقتضي العرض على البيع وإبرازها للمشتري وكان اتفاقهما على التزويج إخراجاً إياها عن المضاربة، ويحسب مقدار قيمتها من رأس المال لأنه لما أخرجها من المضاربة صار كأنه استرد ذلك القدر من رأس المال.

وقد قال الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: إن المضارب لا يملك أن يزوج أمة من المضاربة لعبد من المضاربة، لأن تصرف المضارب يختص بالتجارة، والتزويج ليس من التجارة.

وذكر القدوري رحمه الله وقال: ينبغي أن يكون هذا قولهم، لأن عند أبي يوسف إن كان يملك تزويج الأمة لا يملك تزويج العبد.

ولو أخذ المضارب نخلاً أو شجراً أو رطبة معاملة على أن ينفق من المال لم يجز على رب المال، وإن كان قال له رب المال حين دفع إليه: اعمل فيه برأيك، لأن الأخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه، ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كما لو آجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الإنفاق لأن ذلك ليس بمعقود عليه، بل هو تابع للعمل كالخيط في إجارة الخياط، والصبغ في الصباغة.

كذا لا يعتبر قوله: اعمل برأيك لما ذكرنا أن ذلك يفيد تفويض الرأي إليه في المضاربة، والمضاربة تصرف في المال، وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز أن يستحق بدلها رب المال.

ولو أخذ أرضاً مزارعة على أن يزرعها فما خرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاماً ببعض المزارعة فزرعه. قال محمد: هذا يجوز إن قال له: اعمل برأيك. وإن لم يكن قال له: اعمل برأيك لم يجز، لأنه يوجب حقاً لرب الأرض في مال رب المال فيصير كأنه شاركه بمال المضاربة وإنه لا يملك الإشراك بإطلاق العقد ما لم يقل: اعمل برأيك فإذا قال ملك. كذا هذا.

وقال الحسن بن زياد: إن الأرض والبذر والبقر إذا كان من قبل رب الأرض والعمل على المضارب لم يكن ذلك على المضاربة، بل يكون للمضارب خاصة لما ذكرنا أنه عقد على منافع نفسه فكأن له بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال، وكذلك إذا شرط البقر على المضارب، لأن العقد وقع على منفعته وإنما البقر آلة العمل، والآلة تبع ما لم يقع عليها العقد. ولو دفع المضارب أيضاً بغير بذر مزارعة جازت، سواء قال: اعمل برأيك أو لم يقل، لأنه لم يوجب شركة في مال رب المال إنما آجر أرضه والإجارة داخلة تحت عقد المضاربة، والله عز وجل أعلم.

وأما القسم الذي للمضارب أن يعمله إذا قيل له: اعمل برأيك وإن لم ينص عليه فالمضاربة والشركة والخلط فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره، وأن يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان، وأن يخلط مال المضاربة بمال نفسه إذا قال له رب المال: اعمل برأيك، وليس له أن يعمل شيئاً من ذلك إذا لم يقل له ذلك.

أما المضاربة فلأن المضاربة مثل المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله، ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد. كذا هذا.

وأما الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد لأنها أعم من المضاربة والشيء لا يستتبع مثله فما فوقه أولى.

وأما الخلط فلأنه يوجب في مال رب المال حقاً لغيره فلا يجوز إلا بإذنه وإن لم يقل له ذلك، فدفع

المضارب مال المضاربة مضاربة إلى غيره فنقول: لا يخلو من وجوه، إما إن كان المضاربتان صحيحتين وإما إن كانتا فاسدتين وأما إن كانت إحداهما صحيحة والأخرى فاسدة، فإن كانتا صحيحتين فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني، حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل أن يعمل يهلك أمانة، وهذا قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: يصير مضموناً بنفس الدفع عمل الثاني أو لم يعمل، وإذا هلك قبل العمل يضمن، وهو رواية عن أبـي يوسف أيضاً.

وجه قول زفر: أن رب المال إذا لم يقل للمضارب: اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضاربة إلى غيره، فإذا دفع صار بالدفع مخالفاً فصار ضامناً كالمودع إذا أودع.

ولنا: أن مجرد الدفع إيداع منه وهو يملك إيداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع.

وروى الحسن عن أبـي حنيفة رحمه الله: أنه لا ضمان على الأول حتى يعمل به الثاني وربح، فإذا عمل به وربح كان ضامناً حين ربح. وإن عمل في المال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه.

وروى محمد عن أبـي يوسف: أنه لا ضمان عليه حتى يعمل الثاني، فإذا عمل ضمن، ربح الثاني أو لم يربح. وهكذا روى ابن سماعة والفضل بن غانم عن أبـي يوسف، وهو قول محمد رحمه الله. وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أن هذا ظاهر الرواية عن أبـي حنيفة.

وجه قولهما: أنه لما عمل فقد تصرف في المال بغير إذن المالك فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح، ولأبـي حنيفة لا سبيل إلى التضمين بالدفع لأنه إيداع وإيضاع ولا بالعمل لأنه ما لم يربح فهو في حكم المبضع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز أن يضمن بالشرط لأنه مجرد قول، ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان، لكنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال بإثبات المضارب الأول فصار الأول مخالفاً فيضمن، كما لو خلط مال المضاربة بغيره أو شارك به، وإذا وجب الضمان بالعمل والربح أو بنفس العمل على اختلافهم في ذلك فرب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني.

أما على أصل أبـي يوسف ومحمد في المودع إذا أودع فظاهر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما، لأن الأول تعدى بالدفع والثاني تعدى بالقبض فصار عندهما كالمودع إذا أودع.

وأما على أصل أبـي حنيفة في مسألة الوديعة فيحتاج إلى الفرق لأن الضمان عنده على المودع الأول لا على الثاني، وفي مسألة المضاربة أثبت له خيار تضمين الثاني لأن المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهي الربح فكان عاملاً لنفسه فجاز أن يضمن، والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه بل لمنفعة الأول لحفظ الوديعة فلم يضمن، فإن ضمن المضارب الأول لا يرجع بما ضمن على الثاني وصحت المضاربة بين الأول والثاني والربح على ما شرطا، لأنه لما تقرر الضمان على الأول فقد ملك المضمون وصار كأنه دفع مال نفسه مضاربة إلى الثاني فكان الربح على ما شرطا، لأن الشرط قد صح، وإن ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول وصار حاصل الضمان على الأول، لأن الأول غره بالعقد فصار مغروراً من جهته. فكان له أن يرجع عليه بما ضمن كمودع الغاصب، وهو ضمان كفالة في الحقيقة. لأن الأول التزم له سلامة المقبوض عن الضمان ولم يسلم له بخلاف الرهن. وهو ما إذا غصب رجل شيئاً فرهنه فملك في يد المرتهن فاختار

المالك تضمين المرتهن أنه يرجع على الراهن بما ضمن، ولا يصح عقد الرهن.

ووجه الفرق: أن قبض المرهون شرط صحة الرهن، ولما ضمن المرتهن تبين أن قبضه لم يصح فتبين أن الرهن لم يصح، إذ لا صحة له بدون القبض، فأما في المضاربة فيضمن الثاني إبطال القبض بعد وجوده، لأن المضاربة عقد جائز فكان لبقائه حكم الابتداء، كأنه ابتدأ العقد بعد أداء الضمان فكان التضمين إبطال القبض بعد وجوده، وذلك لا يبطل المضاربة.

ألا ترى أن المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وإن بطل قبضه، ولو رد المرتهن الرهن على الراهن يبطل الرهن، لذلك افترقا.

وذكر ابن سماعة عن محمد: أنه يطيب الربح للأسفل ولا يطيب للأعلى على قياس قول أبي حنيفة عليه الرحمة، لأن استحقاق الأسفل بعمله ولا خطر في عمله فيطيب له الربح.

فأما الأعلى فإنما يستحق الربح برأس المال، والملك في رأس المال إنما حصل له بالضمان فلا يخلو عن نوع خبث فلا يطيب له، وإن كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما، لأن الأول أجير في مال المضاربة والثاني أجير الأول فصار كمن استأجر رجلاً يعمل في ماله فاستأجر الأجير رجلاً.

وإن كانت إحداهما صحيحة، والأخرى فاسدة، فإن كانت الأولى صحيحة والأخرى فاسدة فكذلك لا ضمان على واحد منهما، وإن عمل المضارب الثاني في المال لأن المضارب الثاني أجير الأول والأجير لا يستحق شيئاً من الربح فلم يثبت له شركة في رأس المال فلا يجب الضمان على الأول ولا على الثاني لأنه لا ضمان على الأجير وله أجر مثل عمله على المضارب الأول وللمضارب الأول ما شرط له من الربح لوقوع المضاربة صحيحة وإن كانت الأولى فاسدة، والثاني صحيحة فكذلك. لأن الأول أجير في مال المضاربة فلا حق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه الضمان، إذ الضمان إنما يجب بإثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال. لأنه ربح حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الأول أجر مثله، لأن عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثاني على الأول مثل ما شرط له من الربح لأنه عمل مضاربة صحيحة وقد سمي له أشياء فهو مستحق للغير فيضمن، هذا إذا لم يقل له رب المال: اعمل برأيك، فأما إذا قال له: اعمل برأيك، فله أن يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره لأنه فوض الرأي إليه وقد رأى أن يدفعه مضاربة فكان له ذلك.

ثم إذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح؟ فنقول: جملة الكلام فيه أن رب المال لا يخلو أما إن كان أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضفه إلى المضارب بأن قال: على أن ما رزق الله تعالى من الربح فهو بيننا نصفان أو قال: ما أطعم الله تعالى من ربح فهو بيننا نصفان.

وأما إن أضافه إلى المضارب بأن قال: على أن ما رزقك الله تعالى من الربح أو ما أطعمك الله عز وجل من ربح، أو على أن ما ربحت من شيء أو ما أصبت من ربح، فإن أطلق الربح ولم يضفه إلى المضارب ثم دفع المضارب الأول المال إلى غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني فثلث جميع الربح للثاني، لأن شرط الأول للثاني قد صح لأنه يملك نصف الربح فكان ثلث جميع الربح بعض ما يستحقه الأول فجاز شرطه للثاني فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصفه لرب المال، لأن الأول لا يملك من نصيب رب المال شيئاً فانصرف شرطه

إلى نصيبه لا إلى نصيب رب المال. فبقي نصيب رب المال على حاله وهو النصف وسدس الربح للمضارب الأول لأنه لم يجعله للثاني فبقي له بالعقد الأول، ويطيب له ذلك لأن عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر إنساناً على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل، لأن عمل أجيره وقع له فكأنه عمل بنفسه، كذا هذا ولو دفع إلى الثاني مضاربة بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا شيء للمضارب الأول لأنه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني وصح جعله لأنه مالك للنصف والنصف لرب المال بالعقد الأول، وصار كمن استأجر رجلاً على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير من خاطه بدرهم. ولو دفعه إليه مضاربة بالثلثين فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني على الأول بمثل سدس الربح الذي شرطه له، لأن شرط الزيادة إن لم ينفذ في حق رب المال لما لم يرض لنفسه بأقل من نصف الربح، فقد صح فيما بين الأول والثاني، لأن الأول غر الثاني بتسمية الزيادة، والغرور في العقود من أسباب وجوب الضمان، وهو في الحقيقة ضمان الكفالة، وهو أن الأول صار ملتزماً سلامة هذا القدر للثاني ولم يسلم له فيغرم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفاً، لأن شرطه لم ينفذ في حق رب المال فالتحق بالعدم في حقه فلا يضمن وصار كمن استأجر رجلاً لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير من يخيطه بدرهم ونصف أنه يضمن زيادة الأجرة، كذا هذا.

ولو أضافه إلى المضارب فدفعه الأول مضاربة إلى غيره بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له وما شرط للمضارب الأول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين بخلاف الفصل الأول.

ووجه الفرق: أن هنا شرط رب المال لنفسه نصف ما رزق الله تعالى للمضارب أو نصف ما ربح المضارب، فإذا دفع إلى الثاني مضاربة بالثلث كان الذي رزق الله عز وجل المضارب الأول الثلثين، فكان الثلث للثاني والثلثان بين رب المال وبين المضارب الأول نصفين لكل واحد منهما الثلث، وإذا دفع مضاربة بالنصف كان ما رزقه الله تعالى للمضارب الأول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين، وإذا دفعه مضاربة بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى الثلث والثلثان للثاني والثلث بينهما، لكل واحد منهما السدس، وفي الفصل الأول رب المال إنما شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح، وذلك ينصرف إلى كل الربح.

وكذا له أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه لأنه فرض الرأي إليه وقد رأى الخلط. وإذا ربح قسم الربح على المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط.

وكذا له أن يشارك غيره شركة عنان لما قلنا ويقسم الربح بينهما على الشرط لأن الشرط قد صح، وإذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح فيستوفي منها رب المال رأس ماله وما فضل يكون بينهما على الشرط.

وأما القسم الذي ليس للمضارب أن يعمله أصلاً ورأساً فشراء ما لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه إذا قبضه.

أما الأول: فنحو شراء الميتة والدم والخمر والخنزير وأما الولد والمكاتب والمدبر، لأن المضاربة تتضمن الإذن بالتصرف الذي يحصل به الربح، والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع، فما لا يملك بالشراء لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشراء لكن لا يقدر على بيعه لا يحصل فيه الربح أيضاً فلا يدخل تحت الإذن، فإن اشترى شيئاً من ذلك كان مشترياً لنفسه لا للمضاربة، فإن دفع فيه شيئاً من مال المضاربة يضمن، وإن اشترى ثوباً أو عبداً أو عرضاً من العروض بشيء مما ذكرنا سوى الميتة والدم فالشراء على المضاربة، لأن المبيع هنا مما يملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا شراءً فاسداً، والإذن بالشراء المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد.

وأما إذا كان الثمن ميتة أو دماً فما اشترى به لا يكون على المضاربة لأن الميتة والدم لا تملك بالقبض أصلاً.

أما الثاني: فنحو أن يشتري ذا رحم محرم من رب المال فلا يكون المشتري للمضاربة بل يكون مشترياً لنفسه، لأنه لو وقع شراؤه للمضاربة لعتق على رب المال فلا يقدر على بيعه بعد ذلك ولا يحصل المقصود من الإذن فلا يدخل تحت الإذن.

ولو اشترى ذا رحم محرم من نفسه فإن لم يكن في المال ربح فالشراء على المضاربة لأنه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود، وإن كان في المال ربح لم يكن الشراء على المضاربة، لأنه إذا كان في المضاربة ربح يملك قدر نصيبه من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي لأنه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة لما قلنا.

وأما المضاربة المقيدة: فحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع ما وصفنا لا تفارقها إلا في قدر القيد، والأصل فيه أن القيد إن كان مفيداً يثبت، لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن، وإذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي عليه أفضل الصلاة والسلام: «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُروطِهِم**»[1] فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقاً فيما وراءه على الأصل المعهود في المطلق إذا قيد ببعض المذكور إنه يبقى مطلقاً فيما وراءه كالعام إذا خص منه بعضه إنه يبقى عاماً فيما وراءه وإن لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً، لأن ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم.

إذا عرفنا هذا فنقول: إذا دفع رجل إلى رجل مالاً مضاربة على أن يعمل به في الكوفة فليس له أن يعمل في غير الكوفة، لأن قوله على أن من ألفاظ الشرط وإنه شرط مفيد، لأن الأماكن تختلف بالرخص والغلاء، وكذا في السفر خطر فيعتبر.

وحقيقة الفقه في ذلك أن الأذى كان عدماً، وإنما يحدث بالعقد فيبقى فيما وراء ما تناوله العقد على أصل العدم، وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة، لأنه إذا لم يملك الإخراج بنفسه فلأن لا يملك الأمر بذلك أولى، وإن أخرجها من الكوفة فإن اشترى بها وباع ضمن لأنه تصرف لا على الوجه

---

(١) تقدم تخريجه.

المأذون فصار فيه مخالفاً فيضمن وكأن المشتري لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يطيب، وإن لم يشتر بها شيئاً حتى ردها إلى الكوفة برىء من الضمان ورجع المال مضاربة على حاله لأنه عاد إلى الوفاق قبل تقرر الخلاف فيبرأ عن الضمان كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق.

ولو لم يرده حتى هلك قبل التصرف لا ضمان عليه، لأنه لما لم يتصرف لم يتقرر الخلاف فلا يضمن.

ولو اشترى ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رد رجع على المضاربة لأنه تقرر الخلاف في القدر المشترى وزال عن القدر المردود، ولو دفع إليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في «الكوفة» في غير سوقها فهو جائز على المضاربة استحساناً والقياس أن لا يجوز.

وجه القياس: أنه شرط عليه العمل في مكان معين فلا يجوز في غيره، كما لو شرط ذلك في بلد معين.

وجه الاستحسان: أن التقييد بسوق الكوفة غير مفيد لأن البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فائدة في التعليق بهذا الشرط فيلغو الشرط.

ولو قال له: اعمل به في سوق «الكوفة» أو لا تعمل به إلا في سوق الكوفة، فعمل في غير سوق الكوفة يضمن، لأن قوله لا تعمل إلا في سوق الكوفة حجر له فلا يجوز تصرفه بعد الحجر، وفي الفصل الأول ما حجر عليه بل شرط عليه أن يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد فلغا.

ولو قال له: خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غيرها، لأن في كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفاً للتصرف الذي أذن له فيه؛ فلو جاز في غيرها لم تكن الكوفة ظرفاً لتصرفه، وكذلك إذا قال له: فاعمل به في الكوفة لما قلنا. ولأن الفاء من حروف التعليق فتوجب تعلق ما قبلها بما بعدها، وإنما يتعلق إذا لم يجز التصرف في غيرها.

وكذلك إذا قال: خذ هذا المال بالتصرف بالكوفة لأن الباء حرف إلصاق فتقتضي التصاق الصفة بالموصوف، وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها. ولو قال: خذ هذا المال مضاربة واعمل به في الكوفة فله أن يعمله بالكوفة، وحيث ما بدا له، لأن قوله خذ هذا المال مضاربة إذن له في التصرف مطلقاً وقوله: واعمل به في الكوفة إذن له بالعمل في «الكوفة» فكان له أن يعمل في أي موضع شاء، كمن قال لغيره: أعتق عبداً من عبيدي، ثم قال له: أعتق عبدي سالماً أن له أن يعتق أي عبد شاء، ولا يتقيد التوكيل بإعتاق سالم. كذا هذا، إذ المضاربة توكيل بالشراء والبيع. ولو قال: خذ هذا المال مضاربة إلى سنة جازت المضاربة عندنا. وقال الشافعي[1] رحمه الله: المضاربة فاسدة.

وجه قوله: أنه إذا وقت للمضاربة وقتاً فيحتمل أنه لا يجوز كونها في الوقت فلا يفيد العقد فائدة.

ولنا: أن المضاربة توكيل والتوكيل يحتمل التخصيص بوقت دون وقت. وذكر الطحاوي وقال: لم

---

(١) انظر «الأم» (٣/٨).

يجز عند أصحابنا توقيت المضاربة، وقياس قولهم في الوكالة إنها لا تختص بالوقت، لأنهم قالوا: لو وكل رجلاً ببيع عبده اليوم فباعه غداً جاز كالوكالة المطلقة، وما قاله ليس بسديد، لأنهم قالوا في الوكيل إذا قيل له: بعه اليوم ولا تبعه غداً جاز ذلك ولم يكن له أن يبيعه غداً، وكذا إذا قيل له: على أن تبيعه اليوم دون غد.

ولو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الطعام، أو قال: فاشتري به الطعام، أو قال: تشتري به الطعام، أو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف في الطعام فذلك كله سواء وليس له أن يشتري سوى الطعام بالإجماع لما ذكرنا، على أن «أن» للشرط والأصل في الشرط المذكور في الكلام اعتباره والفاء لتعليق ما قبلها بما بعدها.

وقوله يشتري به الطعام تفسير التصرف المأذون به، وقوله: في الطعام ففي كلمة ظرف فإذا دخلت على ما لا يصلح ظرفاً تصير بمعنى الشرط، وكل ذلك يقتضي التقييد بالشرط المذكور وإنه شرط مفيد، لأن بعض أنواع التجارة يكون أقرب إلى المقصود من بعض، وكذا الناس مختلفون في ذلك، فقد يهدى الإنسان إلى بعض التجارة دون بعض فكان الشرط مفيداً فيتقيد به ولا يملك أن يشتري غير الطعام، والطعام هو الحنطة ودقيقها، إذ لا يراد به كل ما يتطعم بل البعض دون البعض، والأمر يختلف باختلاف عادة البلدان، فاسم الطعام في عرفهم لا ينطلق إلا على الحنطة ودقيقها، وكذلك لو ذكر جنساً آخر بأن قال له: خذ هذا المال مضاربة بالنصف على أن تشتري به الدقيق أو الخبز أو البر أو غير ذلك ليس له أن يعمل من غير ذلك الجنس بلا خلاف، لكن له أن يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره، وأن يبضع فيه، وأن يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب في المضاربة المطلقة لما ذكرنا أن اللفظ المطلق إذا قيد ببعض الأشياء يبقى على إطلاقه فيما وراءه.

وقال ابن سماعة: سمعت محمداً قال في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة فقال له: إن اشتريت به الحنطة فلك من الربح النصف ولي النصف، وإن اشتريت به الدقيق فلك الثلث ولي الثلثان فقال: هذا جائز، وله أن يشتري أي ذلك شاء على ما سمى له رب المال، لأنه خيره بين عملين مختلفين فيجوز، كما لو خير الخياط بين الخياطة الرومية والفارسية.

ولو دفع إليه على أنه إن عمل في المصر فله ثلث الربح وإن سافر فله النصف جاز والربح بينهما على ما شرطا إن عمل في المصر فله الثلث وإن سافر فله النصف ولو اشترى في المصر وباع في السفر، أو اشترى في السفر وباع في المصر، فقد روي عن محمد أنه قال: المضاربة في هذا على الشراء، فإن اشترى في المصر فما ربح في ذلك المتاع فهو على ما شرط في المصر، سواء باعه في المصر أو في غيره، لأن المضارب إنما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشراء، فإذا اشترى في المصر تعين أحد العملين فلا يتغير بالسفر، وإن عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل واحد من المالين على ما شرط. ولو قال له: على أن تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو على فلان خاصة ليس له أن يشتري ويبيع من غيره.

وقال الشافعي[1] رحمه الله: المضاربة فاسدة لأن في تعيين الشخص تضييق طريق الوصول إلى المقصود من التصرف وهو الربح، وتغيير مقتضى العقد لأن مقتضى العقد التصرف مع من شاء.

ولنا: أن هذا شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة والأمانة، لأن الشراء من بعض الناس قد يكون أربح لكونه أسهل في البيع، وقد يكون أوثق على المال فكان التقييد مفيداً كالتقييد بنوع دون نوع. وقوله التعيين يغير مقتضى العقد. قلنا: ليس كذلك بل هو مباشرة العقد مفيداً من الابتداء، وإنه قيد مفيد فوجب اعتباره.

ولو قال: على أن تشتري بها من أهل «الكوفة» وتبيع فاشترى وباع من رجال بالكوفة من غير أهلها فهو جائز، لأن هذا الشرط لا يفيد إلا ترك السفر كأنه قال: على أن تشتري ممن بالكوفة، وكذلك إذا دفع إليه مالاً مضاربة في الصرف على أن يشتري من الصيارفة ويبيع كان له أن يشتري من غير الصيارفة ما بدا له من الصرف، لأن التقييد بالصيارفة لا يفيد إلا تخصيص البلد أو النوع، فإذا حصل ذلك من صيرفي أو غيره فهو سواء.

ولو دفع إليه مالاً مضاربة ثم قال له بعد ذلك: اشتر به البز وبع فله أن يشتري البز وغيره، لأنه أذن بالشراء مطلقاً ثم أمره بشراء البز فكان له أن يشتري ما شاء، وهذا كقوله خذ هذا المال مضاربة واعمل به بالكوفة إلا أن هناك القيد مقارن، وههنا متراخٍ وقد ذكرناه.

وذكر القدوري رحمه الله: إن هذا محمول على أنه نهاه بعد الشراء والحكم في التقييد الطارىء على مطلق العقد أنه إن كان ذلك قبل الشراء يعمل، وإن كان بعدما اشترى به لا يعمل إلى أن يبيعه بمال عين فيعمل التقييد عند ذلك حتى لا يجوز أن يشتري إلا ما قال.

ولو دفع إليه مالاً مضاربة على أن يبيع ويشتري بالنقد فليس له أن يشتري ويبيع إلا بالنقد، لأن هذا التقييد مفيد فيتقيد بالمذكور.

ولو قال له: بع بنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد جاز. لأن النقد أنفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيداً فلا يثبت القيد، وصار كما لو قال للوكيل: بع بعشرة فباع بأكثر منها جاز. كذا هذا.

وأما الذي يرجع إلى عمل رب المال مما له أن يعمله وما ليس له أن يعمله فقد قال أصحابنا: إذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته أو أكثر جاز بيعه، وإذا باع بأقل من قيمته لم يجز إلا أن يجيزه المضارب، سواء باع بأقل من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه أو مما يتغابن الناس فيه، لأن جواز بيع رب المال من طريق الإعانة للمضارب، وليس من الإعانة إدخال النقص عليه، بل هو استهلاك فلا يتحمل قل أو كثر، وعلى هذا لو كان المضارب اثنين فباع أحدهما بإذن رب المال لم يجز أن يبيعه إلا بمثل القيمة أو أكثر إلا أن يجيزه المضارب الآخر، لأن أحد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد بل بإذن رب المال وهو لا يملك التصرف بنفسه إذا كان فيه غبن فلا يملك الأمر به، وإذا اشترى المضارب بمال المضاربة متاعاً وفيه فضل أو لا فضل فيه، فأراد رب المال بيع ذلك فأبى المضارب وأراد إمساكه حتى يجد ربحاً فإن المضارب

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (١٢٢).

يجبر على بيعه إلا أن يشاء أن يدفعه إلى رب المال، لأن منع المالك عن تنفيذ إرادته في ملكه لحق يحتمل الثبوت والعدم وهو الربح لا سبيل إليه، ولكن يقال له: إن أردت الإمساك فرد عليه ماله، وإن كان فيه ربح يقال له: ادفع إليه رأس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع إليك.

ولو أخذ رجل مالاً ليعمل لأجل ابنه مضاربة، فإن كان الابن صغيراً لا يعقل البيع فالمضاربة للأب ولا شيء للابن من الربح لأن الربح في باب المضاربة يستحق بالمال أو بالعمل وليس للابن واحد منهما، فإن كان الابن يقدر على العمل فالمضاربة للابن والربح له إن عمل، فإن عمل الأب بأمر الابن فهو متطوع وإن عمل بغير أمره صار بمنزلة الغاصب، لأنه ليس له أن يعمل فيه بغير إذنه فصار كالأجنبي.

وقد قالوا في المضارب إذا اشترى جارية: فليس لرب المال أن يطأها، سواء كان فيه ربح أو لم يكن. أما إذا كان فيه ربح فلا شك فيه، لأن للمضارب فيه ملكاً ولا يجوز وطء الجارية المشتركة، وإن لم يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق يشبه الملك، بدليل أن رب المال لا يملك منعه من التصرف. ولو مات كان للمضارب أن يبيعها فصارت كالجارية المشتركة.

ويجوز شراء رب المال من المضارب وشراء المضارب من رب المال وإن لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر رحمه الله: لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة.

وجه قول زفر: أن هذا بيع ماله بماله وشراء ماله بماله إذ المالان جميعاً لرب المال، وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل.

ولنا: أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف، وملكه في حق التصرف كملك الأجنبي.

وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الأجنبي لذلك جاز الشراء بينهما، ولو اشترى المضارب داراً ورب المال شفيعها بدار أخرى بجنبها فله أن يأخذ بالشفعة لأن المشتري وإن كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كأنه ليس له، بدليل أنه لا يملك انتزاعه من يد المضارب، ولهذا جاز شراؤه من المضارب، ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له، سواء كان في الدار المبيعة ربح وقت البيع أو لم يكن، أما إذا لم يكن فيها ربح فلأن المضارب وكيله بالبيع، والوكيل ببيع الدار إذا باع لا يكون للموكل الأخذ بالشفعة وإن كان فيها ربح.

فأما حصة رب المال فكذلك وهو وكيل بيعها، وأما حصة المضارب فلأنا لو أوجبنا فيها الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري، ولأن الربح تابع لرأس المال فإذا لم تجب الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع.

ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها بدار أخرى من المضاربة فإن كان في يده من مال

المضاربة وفاءٌ بثمن الدار لم تجب الشفعة، لأنه لو أخذ بالشفعة لوقع لرب المال، والشفعة لا تجب لبائع الدار، وإن لم يكن في يده وفاء فإن لم يكن في الدار ربح فلا شفعة، لأنه أخذها لرب المال، وإن كان فيه ربح فللمضارب أن يأخذها لنفسه بالشفعة، لأن له نصيباً في ذلك فجاز أن يأخذها لنفسه.

ولو أن أجنبياً اشترى داراً إلى جانب دار المضاربة فإن كان في يد المضارب وفاءً بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة، وإن سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال أن يأخذها لنفسه لأن الشفعة وجبت للمضاربة، وملك التصرف في المضاربة للمضارب فإذا سلم جاز بتسليمه على نفسه وعلى رب المال، وإن لم يكن في يده وفاءٌ فإن كان في الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعاً، فإن سلم أحدهما فللآخر أن يأخذها جميعاً لنفسه بالشفعة، كدار بين اثنين وجبت الشفعة لهما، وإن لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة، لأنه لا نصيب للمضارب فيه.

قال أبو يوسف: إذا استأجر الرجل أجيراً كل شهر بعشرة دراهم ليشتري له ويبيع ثم دفع المستأجر إلى الأجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح كله للدافع ولا شيء للأجير سوى الأجرة، وقال محمد: المضاربة جائزة، ولا شيء للأجير في الوقت الذي يكون مشغولاً بعمل المضاربة.

وجه قول محمد: إنه لما دفع إليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الإجارة ونقضها فما دام يعمل بالمضاربة فلا أجر له، ولأن الإجارة شركة لهذا لا تقبل التوقيت ولو شاركه بعدما استأجره جازت الشركة فكذا المضاربة، ولأبي يوسف: أنه لما استأجره فقد ملك عمله، فإذا دفع إليه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحاً بعمل قد ملكه رب المال وهذا لا يجوز، ولأن المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز أن يستوجب الربح والأجر، ولا يجوز أن ينقض الإجارة بالمضاربة، لأن الإجارة أقوى من المضاربة لأنها لازمة والمضاربة ليست بلازمة، والشيء لا ينتقض بما هو أضعف منه.

وما ذكر محمد: أن المضاربة شركة فالجواب: أن الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب بالعمل ورب المال قد ملك العمل فلا يجوز أن يستحق المضارب الربح، ولأن الشريك يعمل لنفسه فكأنه امتنع من عمل الإجارة فيسقط عنه الأجرة بحصته، والمضارب يعمل لرب المال فبقي عمله على الإجارة.

ولو اشترى المضارب بمال المضاربة وهو ألف عبداً قيمته ألف فقتل عمداً فلرب المال القصاص، لأن العبد ملكه على الخصوص لا حق للمضارب فيه، وإن كانت قيمته ألفين لم يكن فيه قصاص وإن اجتمعا، لأن ملك كل واحد منهما لم يتعين، أما رب المال فلأن رأس المال ليس هو العبد وإنما هو الدراهم ولو أراد أن يعين رأس ماله في العبد كان للمضارب أن يمنعه عن ذلك حتى يبيع ويدفع إليه من الثمن، وإذا لم يتعين ملك رب المال لم يتعين ملك المضارب قبل استيفاء رأس المال وإذا لم يتعين ملكهما في العبد لم يجب القصاص لواحد منهما وإن اجتمعا، وتؤخذ قيمة العبد من القاتل في ماله في ثلاث سنين لأن القصاص سقط في القتل العمد لمانع مع وجود السبب فتجب الدية في ماله ويكون المأخوذ على المضاربة يشتري به المضارب ويبيع، لأنه بدل مال المضاربة فيكون على المضاربة كالثمن.

وذكر محمد في «النوادر»: إذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل رجل أحد

العبدين عمداً لم يكن لرب المال عليه قصاص لأن ملك رب المال لم يتعين في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله، ويكون في المضاربة لما قلنا.

والأصل: أن في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة، وفي كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضاربة لأن القصاص إذا استوفى فقد هلك مال المضاربة وهلاك مال المضاربة، يوجب بطلان المضاربة والقيمة بدل مال المضاربة فكانت على المضاربة كالثمن.

وقال محمد: وإذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبداً يساوي ألفاً فقتله رجل عمداً فلا قصاص فيه لا لرب المال ولا للمضارب ولا لهما إذا اجتمعا، أما رب المال فلأنه لو استوفى القصاص لا يصير مستوفياً لرأس المال بالقصاص لأن القصاص ليس بمال، ولهذا لو عفا المريض عن القصاص كان من جميع المال، وإذا لم يصر به مستوفياً رأس ماله يستوفي رأس المال من بقية المال، وإذا استوفى تبين أن العبد كان ربحاً، فتبين أنه انفرد باستيفاء القصاص عن عبد مشترك.

وأما المضارب فلأنه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما الاجتماع على الاستيفاء لهذا المعنى، وهو أن حق كل واحد منهما غير متعين.

واختلف أصحابنا في القتل العمد إذا ادعى على عبد المضاربة إنه هل يشترط حضور الولي لسماع البينة.

قال أبو حنيفة ومحمد عليهما الرحمة: يشترط.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يشترط.

وجه قوله: أن العبد في باب القصاص مبقى على أصل الحرية بدليل أنه لو أقر به يجوز إقراره، وإن كذبه الولي فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر. ولهما: إن هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى كالبينة القائمة على استحقاق الملك، والبينة القائمة على جناية الخطأ، وقد قالوا جميعاً: لو أقر العبد بقتل عمداً فكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص. لأن الإقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيملكه العبد كالطلاق، فإن كان الدم بين شريكين وقد أقر به العبد فعفا أحدهما فلا شيء للآخر، لأن موجب الجناية انقلب مالاً، وإقرار العبد غير مقبول في حق المال فصار كأنه أقر بجناية الخطأ، فإن كان رب المال صدقه في إقراره وكذبه المضارب قيل لرب المال: ادفع نصف نصيبك أو افده، وإن كان المضارب صدقه وكذبه رب المال قيل للمضارب: ادفع نصيبك أو افده وصار كأحد الشريكين إذا أقر في العبد بجناية وكذبه الآخر.

وأما وجوب القصاص على عبد المضاربة وإن لم يجب بقتله القصاص، لأن عدم الوجوب بقتله لكون مستحق الدم غير متعين فإذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولي القتيل وإنه متعين، وتجوز المرابحة بين رب المال والمضارب وهو أن يشتري رب المال من مضاربة فيبيعه مرابحة أو يشتري المضارب من رب المال فيبيعه مرابحة، لكن يبيعه على أقل الثمنين إلا إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء، وإنما كان كذلك لأن جواز شراء رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ثبت معدولاً به عن القياس لما

ذكرنا أن رب المال اشترى مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال إذ المالان ماله، والقياس يأبى ذلك إلا أنا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمال وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعاً في حقهما لا في حق غيرهما، بل جعل في حق غيرهما ملحقاً بالعدم. ولأن المرابحة بيع يجريه البائع من غير بينة واستخلاف فتجب صيانته عن الجناية وعن شبه الجناية ما أمكن، وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما، لجواز أن رب المال باعه من المضارب أكثر من قيمته ورضي به المضارب، لأن الجود بمال الغير أمر سهل فكأن تهمة الجناية ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مرابحة إلا على أقل الثمنين، بيان ذلك في مسائل:

إذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة فباعه من المضارب بألف، فإن المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لأنها أقل الثمنين، إلا إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء، لأن المانع هو التهمة وقد زالت.

ولو اشترى المضارب عبداً بألف من المضاربة فباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مرابحة بألف ومائة إن كانت المضاربة بالنصف، لأن الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب لأنه لا حق فيه لرب المال فصار كأن رب المال اشترى ذلك من أجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لأنه ماله بعينه فكأنه اشترى من نفسه فتسقط حصته من الربح، إلا إذا بين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء.

ولو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوي ألفاً وخمسمائة فباعها من المضارب بألف وخمسمائة فإن المضارب يبيعها مرابحة بألف ومائتين وخمسين إلا إذا بين الأمر على وجهه لما ذكرنا.

قال ابن سماعة في «نوادره» عن محمد: سمعت أبا يوسف يقول في مسألة المضاربة وهو آخر ما قال: إذا اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بمائة ورأس المال ألف في يد المضارب فإن المضارب يبيعه على مائة، وكذا لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال بمائة يبيعه أبداً على أقل الثمنين، لأنه لا تهمة في الأقل وإنما التهمة في الزيادة فيثبت ما لا تهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة. ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين، لأن المائة الزائدة الزيادة على الألف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح إلى القدر الذي اشترى رب المال به، ويسقط خمسمائة لأنها نصيب رب المال ويسقط خمسون لأنها حق رب المال من الربح فيبيعه مرابحة على خمسمائة وخمسين.

ولو اشتراه المضارب بستمائة باعه مرابحة بخمسمائة، لأنه لا فضل في ثمنه عن رأس المال فيسقط كل الربح ويباع على أقل الثمنين، والأصل أن المضارب لا يحتسب شيئاً من حصة نفسه حتى يكون ما نقد أكثر من ألف فيجب من حصته نصف ما زاد على الألف، لأنه إذا لم يزد على ألف بأن اشترى بمثل رأس المال أو بأقل منه وله في المال ربح لم يتعين له في المشترى حق لكونه مشغولاً برأس المال فلا يظهر له الربح، كأنه اشترى ولا ربح في يده.

وعلى هذا القياس تجري المسائل، فمتى كان شراء المضارب بأقل الثمنين، فإن كان للمضارب حصة ضمها إلى أقل الثمنين، وإذا اشترى رب المال من المضارب يبيعه على أقل الثمنين ويضم إليه حصة المضارب.

ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة ثم باعه من المضارب بألفين فإن المضارب يبيعه بألف، خمسمائة رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الألفين، لأن نصيب رب المال من الثمن ألف وخمسمائة فتسقط الزيادة فيها على رأس المال وهو ألف ويبقى من نصيب رب المال خمسمائة ونصيب المضارب خمسمائة ورب المال فيها كالأجنبي فيبيعه مرابحة على ألف.

ولو كان المضارب اشتراه بألف ثم باعه من رب المال بألفين باعه رب المال بألف وخمسمائة، لأن الألف رأس مال رب المال وخمسمائة نصيب المضارب ورب المال فيها كالأجنبي وخمسمائة نصيب رب المال فيجب إسقاطها. قال ابن سماعة: وروي عن أبي يوسف أنه قال ـ وهو قوله الآخر ـ إن رب المال إذا اشترى عبداً بعشرة آلاف ثم باعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة، وكذلك لو اشترى المضارب بعشرة آلاف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة، لأن البيع على أقل الثمنين لا تهمة فيه. ولأنه اشتراه بأقل الثمنين فلا يجوز أن يزيد على الثمن الذي اشتراه. فإن قيل: كيف يجوز للمضارب الحط على قول أبي يوسف، فالجواب أنه إنما لا يجوز له حطه عند أبي يوسف ومحمد لحق رب المال. فإذا باعه من رب المال وحط فقد رضي رب المال بذلك فجاز.

وأما على قول أبي يوسف: الأول الذي أشار إليه ابن سماعة فهو أن الحط لا يجوز لأنه قال: إذا كان رأس المال ألفاً فربح فيه ألفاً ثم اشترى بألفين جارية ثم باعها من رب المال بألف وخمسمائة فإن رب المال يبيعها مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين، لأن المضارب حط من الثمن خمسمائة نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك الحط في حق نصيبه ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول أبي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مرابحة على ألف وسبعمائة وخمسين، فينبغي على هذا القول إذا باع مرابحة أن يقول: قام عليّ بكذا، ولا يقول اشتريته بكذا، لأن الزيادة لحقت بالثمن حكماً، والشراء ينصرف إلى ما وقع العقد به، والصحيح قوله الأخير لما ذكرنا أن عدم جواز الحط في مال المضاربة لحق رب المال، فإذا اشترى هو فقد رضي بذلك فكأنه أذن للمضارب أن يبيعه بنقصان لأجنبي.

وذكر محمد في كتاب المضاربة: لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بألفين، ألف رأس المال وألف ربح، فإن المضارب يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع على رأس المال وربح المضارب لما بينا.

ولو كان رب المال اشترى العبد بخمسمائة والعبد يساوي ألفين فباعه من المضارب بألفين، فإن المضارب يبيعه مرابحة على ألف، لأن رأس المال خمسمائة ونصيب المضارب من المال خمسمائة وما سوى ذلك ربح رب المال فلا يثبت حكمه على ما بينا فيما تقدم، إلا أن يبين الأمر على وجهه فيبيعه كيف شاء، لأن المانع من البيع بجميع الثمن التهمة، فإذا بين فقد زالت التهمة فيجوز البيع.

ولو اشتراه رب المال بألف وقيمته ألف فباعه من المضارب بألفين، ألف مضاربة وألف ربح، فإن المضارب يبيعه مرابحة على الألف، لأنه لما اشترى ما قيمته ألف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار كأنه مال رب المال فباعه على رأس ماله.

ولو كان رب المال اشتراه بخمسمائة والمسألة بحالها فإن المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لأنه لم يبق للمضارب حصة فصارا شراء مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه على رأس المال الأول، ولو كان رب المال اشتراه بألفين وقيمته ألف فباعه من المضارب بألفين فإن المضارب يبيعه بألف ولا يبيعه على أكثر من ذلك لأن قيمته ألف فليس فيه ربح للمضارب يبيعه عليه، ولأن رب المال لما باعه بألفين ما يساوي ألفاً وهما متهمان في حق الغير في العقد فصار كأنه أخذ ألفاً لا على طريق البيع وباعه العبد بألف فلا يبيعه بأكثر من ذلك، ولو كان العبد يساوي ألفاً وخمسماية، والمسألة بحالها وقد اشتراه بألف وأراد المضارب أن يبيعه مرابحة باعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين، لأن في العبد ربحاً للمضارب ونصيبه من الربح هو مع رب المال فيه كالأجنبي فيبيعه على أقل الثمنين مع حصة المضارب من الربح.

وذكر محمد في «**الأصل**»: إذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم مضاربة فباعه من رب المال بألفين، ثم إن رب المال باعه من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف درهم ثم اشتراه المضارب من الأجنبي بألفي درهم فأراد أن يبيعه مرابحة لم يجز له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يبين الأمر على وجهه، وفي قول أبي يوسف ومحمد يبيعه مراحبة على ألفين.

وهذه فريعة مسألة أخرى مذكورة في البيوع، وهي ما إذا اشترى شيئاً فربح فيه ثم ملكه بشراء آخر فأراد أن يبيعه مرابحة فإن عند أبي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضى من العقود، وفي مسألتنا قد ربح فيه رب المال ألفي درهم لأن المضارب لما اشتراه بألف وباعه من رب المال بألفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسماية، فلما باعه من رب المال بثلاثة آلاف فقد ربح فيه ألفاً وخمساية لأنه قام عليه بألف وخمسماية مقدار رأس المال، ونصيب المضارب من الربح إذا ضم إلى ذلك فقد ربح ألفين فإذا اشتراه المضارب بألفين وجب أن يطرح الألفين من رأس المال فلا يبقى شيء، ولهذا لم يجز البيع مرابحة إلا بعد أن يبين.

وأما على قولهما فإنما يعتبر العقد الأخير خاصة، فالربح في العقد الأول لا يحط عن الثاني فيبيعه مرابحة على جميع الألفين.

ولو اشترى المضارب عبداً بألف فباعه من رب المال بألف وخمسماية ثم باعه رب المال من أجنبي بألف وستماية ثم إن المضارب اشتراه من الأجنبي بألفي درهم فأراد أن يبيعه مرابحة باعه على ألف وأربعماية على قول أبي حنيفة لأن رب المال قد ربح فيه ستماية. ألا ترى أن المضارب لما اشتراه بألف باعه من رب المال بألف وخمسماية فنصيب رب المال من الربح مائتان وخمسون وكان رب المال اشترى بألف ومايتين وخمسين رأس المال وحصة المضارب فلما باعه بألف وستماية فقد ربح ثلثماية وخمسين وقد كان ربح مايتين وخمسين بربح المضارب فوجب أن يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقى ألف وأربعماية، ولو اشترى المضارب عبداً بألف فولاه رب المال، ثم إن رب المال باعه من أجنبي بألف وخمسماية ثم إن

المضارب اشتراه من الأجنبي مرابحة بألفين.

ثم إن رب المال لما حط من الأجنبي ثلثماية فإن الأجنبي يحط من المضارب أربعماية لأن رب المال لما حط من الأجنبي ثلثماية استند ذلك الحط إلى العقد فكأن ذلك المقدار لم يكن، فيطرح من رأس المال ونطرح حصته من الربح، وقد كان الأجنبي ربح مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلثماية ثلثها فيصير الحط عن المضارب أربعماية، فإن أراد المضارب أن يبيع هذا العبد مرابحة باعه على ألف ومايتين، لأن رب المال ربح أربعماية.

ألا ترى أنه لو باعه من الأجنبي فربح خمسماية ثم حط عنه ثلثماية، وهذا الحط من رأس المال والربح جميعاً مايتين من رأس المال وماية من الربح، فلما سقط من الربح ماية يبقى الربح أربعماية، فلما اشتراه المضارب بألفين ثم حط عنه أربعماية صار شراؤه بألف وستماية فيطرح عنه مقدار ما ربح فيه رب المال وهو أربعماية فيبيعه على ما بقي، وتجوز المرابحة بين المضاربين كما تجوز بين المضارب ورب المال.

قال محمد في «**الأصل**»: إذا دفع الرجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ودفع إلى رجل آخر ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبداً بخمسماية من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف، فأراد الثاني أن يبيعه مرابحة باعه على خمسماية وهو أقل الثمنين، لأن مال المضاربين لرجل واحد نصار بيع أحدهما من الآخر في حق الأجانب كبيع الإنسان ملكه بماله فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين.

ولو باعه الأول من الثاني بألفين، ألف من المضاربة وألف من مال نفسه فإن الثاني يبيعه مرابحة على ألف ومايتين وخمسين، لأن الثاني اشترى نصفه لنفسه، وقد كان الأول اشترى ذلك النصف بمايتين وخمسين فيبيعه الثاني مرابحة على ألف لأنه لا نصيب لواحد منهما في شراء صاحبه فصارا كالأجنبيين فأما النصف الذي اشترى الثاني بألف المضاربة فقد كان الأول اشتراه بمايتين وخمسين وهو مال واحد فيبيعه على أقل الثمنين.

ولو كان الأول اشتراه بألف المضاربة فباعه من الثاني بألفين للمضاربة ألف رأس المال وألف ربح، فإن الثاني يبيعه مرابحة بألف وخمسماية لأنه يبيعه على أقل الثمنين وعلى حصته من الربح وأقل الثمنين ألف وحصة المضارب خمسماية، ولو كان الأول اشتراه بخمسماية والمسألة بحالها باعه الثاني على ألف لأن أقل الثمنين خمسماية وحصة المضارب خمسماية فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصة من الربح، والربح في المضاربة بينهما على الشرط، والوضيعة على رب المال، والقول قول المضارب في دعوى الهلاك لأن المال أمانة في يده.

وأما الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله في مال المضاربة شيئان: أحدهما النفقة، والكلام في النفقة في مواضع: في وجوبها وفي شرط الوجوب، وفيما فيه النفقة، وفي تفسير النفقة، وفي قدرها، وفيما تحتسب النفقة منه.

أما الوجوب فلأن الربح في باب المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة

تحتمل الوجود والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه، فلو لم تجعل نفقته من مال المضاربة لامتنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة إليها فكان إقدامهما على هذا العقد والحال ما وصفنا إذناً من رب المال للمضارب بالإنفاق من مال المضاربة فكان مأذوناً في الإنفاق دلالة فصار كما لو أذن له به نصاً، ولأنه يسافر لأجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب له لا محالة فتكون نفقته في المال بخلاف المبضع لا يسافر بمال الغير على وجه التبرع، وبخلاف الأجير لأنه يعمل ببدل لازم في ذمة المستأجر لا محالة فلا يستحق النفقة. وهكذا روى ابن سماعة عن محمد في الشريك إذا سافر بالمال أنه ينفق من المال كالمضارب.

وأما شرط الوجوب فخروج المضارب بالمال من المصر الذي أخذ المال منه مضاربة سواء كان المصر مصره أو لم يكن، فما دام يعمل به في ذلك المصر فإن نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة، وإن أنفق شيئاً منه ضمن لأن دلالة الإذن لا تثبت في المصر.

وكذا إقامته في الحضر لا تكون لأجل المال لأنه كان مقيماً قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر؛ سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك، حتى لو خرج من المصر يوماً أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة.

كذا ذكر محمد عن نفسه، وعن أبي يوسف من مكان المضاربة لوجود الخروج من المصر لأجل المال، وإذا انتهى إلى المصر الذي قصده، فإن كان ذلك مصر نفسه أو كان له في ذلك المصر أهل سقطت نفقته حين دخل، لأنه يصير مقيماً بدخوله فيه لا لأجل المال وإن لم يكن ذلك مصره ولا له فيه أهل لكنه أقام فيه للبيع والشراء لا تسقط نفقته ما أقام فيه، وإن نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً ما لم يتخذ ذلك المصر الذي هو فيه دار إقامة، لأنه إذا لم يتخذه دار إقامة كانت إقامته فيه لأجل المال، وإن اتخذه وطناً كانت إقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الأصلي.

فنقول: الحاصل أنه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال إلا بالإقامة في مصره أو في مصر يتخذه دار إقامة لما قلنا.

ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع والشراء بنية العود إلى المصر الذي أخذ المال فيه مضاربة فإن نفقته من مال المضاربة حتى يدخله، فإذا دخله فإن كان ذلك مصره أو كان له فيه أهل سقطت نفقته وإلا فلا، حتي لو أخذ المضارب مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قد قدم «الكوفة» مسافراً فلا نفقة له في المال ما دام «بالكوفة» لما قلنا، فإذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة، لأن خروجه لأجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة، لأن البصرة وطن أصلي له. فكان إقامته فيها لأجل الوطن لا لأجل المال، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال حتى يأتي الكوفة، لأن خروجه من البصرة لأجل المال.

وله أن ينفق أيضاً ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة، لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وأنه يبطل بالسفر، فإذا عاد إليها وليس له وطن فكان إقامته فيها لأجل المال فكان نفقته فيه، وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضاربة، حراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته، لأن نفقتهم كنفقة نفسه، لأنه لا يتهيأ له السفر إلا بهم، إلا أن يكون معه عبيد لرب المال بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في

مال المضاربة ونفقتهم على رب المال خاصة، لأن إعانة عبد رب المال كإعانة رب المال بنفسه، ورب المال لو أعان المضارب بنفسه في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة، كذا عبيده.

فأما عبد المضارب فهو كالمضارب، والمضارب إذا عمل بنفسه في المال أنفق عليه منه كذا عبده.

وأما ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة، وله أن ينفق من مال نفسه ما له أن ينفق من مال المضاربة على نفسه ويكون ديناً في المضاربة، حتى كان له أن يرجع فيها، لأن الإنفاق من المال وتدبيره إليه فكان له أن ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة، كالوصي إذا أنفق على الصغير من مال نفسه أن له أن يرجع بما أنفق على مال الصغير لما قلنا، كذا هذا له أن يرجع بما أنفق في مال المضاربة، لكن بشرط بقاء المال، حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء. كذا ذكر محمد في المضاربة، لأن نفقة المضارب من مال المضاربة فإذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكاة تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجاني.

وأما تفسير النفقة التي في مال المضاربة فالكسوة والطعام والإدام والشراب وأجر الأجير وفرأ ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها حوائجه وغسل ثيابه ودهن السراج والحطب ونحو ذلك، ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة، لأن المضارب لا بد له منها فكان الإذن ثابتاً من رب المال دلالة.

وأما ثمن الدواء والحجامة والفصد والتنور والأدهان وما يرجع إلى التداوي وصلاح البدن ففي ماله خاصة لا في مال المضاربة.

وذكر الكرخي رحمه الله في «*مختصره*» في الدهن خلاف محمد أنه في مال المضاربة عنده، وذكر في الحجامة والإطلاء بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد أنه قال على قياس قول أبي حنيفة: يكون في مال المضاربة، والصحيح أنه يكون في ماله خاصة، لأن وجوب النفقة للمضارب في المال لدلالة الأذن الثابت عادة، وهذه الأشياء غير معتادة. هذا إذا قضى القاضي بالنفقة، يقضي بالطعام والكسوة، ولا يقضي بهذه الأشياء.

وأما الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والإدام، وقال بشر في «نوادره»: سألت أبا يوسف عن اللحم فقال: يأكل كما كان يأكل لأنه من المأكول المعتاد وأما قدر النفقة فهو أن يكون بالمعروف عند التجار من غير إسراف، فإن جاوز ذلك ضمن الفضل، لأن الإذن ثابت بالعادة فيعتبر القدر المعتاد، وسواء سافر برأس المال أو بمتاع عن المضاربة، لأن سفره في الحالين لأجل المال، وكذا لو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد وعاد بالمال فنفقته ما دام مسافراً في مال المضاربة، لأن عمل التجارة على هذا، وهو أن يتفق الشراء في وقت دون وقت ومكان دون مكان، وسواء سافر بمال المضاربة وحده أو بماله ومال المضاربة ومال المضاربة لرجل أو رجلين فله النفقة، غير أنه إن سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين لرجلين كانت النفقة من المالين بالحصص لأن السفر لأجل المالين فتكون النفقة فيهما.

وإن كان أخذ المالين مضاربة لرجل والآخر بضاعة لرجل آخر فنفقته في مال المضاربة لأن سفره لأجله لا لأجل البضاعة، لأنه متبرع بالعمل بها، إلا أن يتبرع بعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لأنه بدل العمل في

المضاربة وليس على رب البضاعة شيء، إلا أن يكون أذن له في النفقة منها لأنه تبرع بأخذ البضاعة فلا يستحق النفقة كالمودع.

ولو خلط مال المضاربة بماله وقد أذن له في ذلك فالنفقة بالحصص لأن سفره لأجل المالين.

وأما ما تحتسب النفقة منه فالنفقة تحتسب من الربح أولاً إن كان في المال ربح، فإن لم يكن فهي من رأس المال لأن النفقة جزء هالك من المال، والأصل أن الهلاك ينصرف إلى الربح. ولأنا لو جعلناها من رأس المال خاصة أو في نصيب رب المال من الربح لازداد نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال، فإذا رجع المضارب إلى مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده إلى المضاربة، لأن الإذن له بالنفقة كان لأجل السفر فإذا انقطع السفر لم يبق الإذن فيجب رد ما بقي إلى المضاربة.

وروى المعلى عن أبي يوسف: إذا كان مع الرجل ألف درهم مضاربة فاشترى عبداً بألفين فأنفق عليه فهو متطوع في النفقة لأنه لم يبق في يده شيء من رأس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا يملك ذلك فصار كالأجنبي إذا أنفق على عبد غيره إلا أن يكون القاضي أمره بذلك، فإن رفعه إلى القاضي فأمره القاضي بالنفقة عليه فما أنفق فهو عليهما على قدر رأس المال. قال أبو يوسف رحمه الله: وهذه قسمة من القاضي بين المضارب وبين رب المال إذا قضى بالنفقة، وإنما صارت النفقة ديناً بأمر القاضي، لأن له ولاية على الغائب في حفظ ماله، وهذا من باب الحفظ فيملك الأمر بالاستدانة عليه، وإنما صار قضاء القاضي بالنفقة قسمة لوجود معنى القسمة وهو التعيين، لأن القاضي لما ألزم المضارب النفقة لأجل نصيبه فقد عين نصيبه، ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب إلا بعد تعيين رأس المال، وهذا معنى القسمة.

ولو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها جارية قيمتها ألفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد النفقة على رب المال، كذا حقق القدوري رحمه الله الاختلاف.

وجه قول محمد: أن المضارب لم يتعين له ملك لأن رأس المال غير متعين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت نفقتها عليه ويحتسب بها في رأس ماله في رواية عنه.

وفي رواية أخرى عنه: يقال لرب المال: أنفق إن شئت.

ولهما: أن نصيب المضارب من العبد على ملكه بدليل أن إعتاقه ينفذ منه فلا يجوز إلزام رب المال الإنفاق على ملك غيره، فإذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه فقد تعين الربح ورأس المال، فيكون قسمة لوجود معنى القسمة، وعلى هذاالخلاف العبد الآبق من المضاربة إذا جاء به رجل وقيمته ألفان وليس في يده من المضاربة غير العبد أن الجعل عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن العبد على ملكهما.

وعند محمد: الجعل على رب المال يحسب في رأس ماله، إذ هو زيادة في رأس المال، فإذا بيع استوفى رب المال رأس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما على ما اشترطا من الربح. قال بشر عن أبي يوسف: إن الجعل لا يحتسب به في مال المضاربة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فإن كان هناك ربح فالجعل منه وإلا فهو وضيعة من رأس المال، وإنما لم يلحق الجعل برأس المال في باب

المرابحة. لأن الذي يلحق رأس المال في المرابحة ما جرت عادة التجار بإلحاقه به وما جرت عادتهم بإلحاق الجعل، ولأنه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد، وإنما احتسب به فيما بين المضارب ورب المال، لأنه غرم لزم لأجل المال، ويجوز أن يحتسب بالشيء فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق برأس المال في المضاربة، كنفقة المضارب على نفسه.

والثاني: ما يستحقه المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى إن كان في المضاربة ربح، وإنما يظهر الربح بالقسمة، وشرط جواز القسمة قبض رأس المال، فلا تصح قسمة الربح قبل قبض رأس المال، حتى لو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فربح ألفاً فاقتسما الربح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الألف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح فإن القسمة الأولى لم تصح وماقبض رب المال فهو محسوب عليه من رأس ماله، وما قبضه المضارب دين عليه يرده إلى رب المال حتى يستوفي رب المال رأس ماله، ولا تصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال، والأصل في اعتبار هذا الشرط ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَثَلُ المؤمن مَثَلُ التَّاجِرِ لا يَسلَمُ لَهُ ربحهُ حَتَى يسلَم لَهُ رأسُ مَالِهِ»[1] كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه، فدل الحديث على أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح، ولأن الربح زيادة والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل، ولأن المال إذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها، فلو صححنا قسمة الربح لثبتت قسمة الفرع قبل الأصل فهذا لا يجوز.

وإذا لم تصح القسمة فإذا هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو رأس المال فوجب على المضارب أن يرد منه تمام رأس المال، فإن قبض رب المال ألف درهم رأس ماله أولاً ثم اقتسما الربح ثم رد الألف التي قبضها بعينها إلى يد المضارب على أن يعمل بها بالنصف فهذه مضاربة مستقبلة، فإن هلكت في يده لم تنتقض القسمة الأولى، لأن رب المال لما استوفي رأس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة، فإذا رد المال فهذا عقد آخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره.

ولو كان الربح في المضاربة الأولى ألفين واقتسما الربح فأخذ رب المال ألفاً والمضارب ألفاً ثم هلك ما في يد المضارب فإن القسمة باطلة وما قبضه رب المال محسوب من رأس المال ورد المضارب نصف الألف الذي قبض، لأنه لما هلك ما في يد المضارب من رأس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال رأس ماله، وإذا صار ذلك رأس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه أن يرد نصفه، وكذلك إن كان قد هلك ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه أن يرد نصفه لأنه تبين أنه قبض نصيب رب المال من الربح لنفسه فصار ذلك مضموناً عليه.

ولو هلك ما قبض رب المال لم يتعين بهلاكه شيء لأن ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض فبقاؤه وهلاكه سواء.

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الصلاة (٢/ ٣٨٧).
والرامهرمزي في «الأمثال» رقم (٥٥).

قالوا: ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب: قد كنت دفعت إليك رأس المال قبل القسمة، وقال رب المال: لم أقبض رأس المال قبل ذلك فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام رأس المال يحتسب على رأس رب المال بما قبض من رأس ماله ويتم له رأس المال بما يرده المضارب، فإن بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين، وإنما كان كذلك لأن المضارب يدعي أنها رأس المال ورب المال ينكر ذلك، والمضارب وإن كان أميناً لكن القول قول الأمين في إسقاط الضمان عن نفسه لا في التسليم إلى غيره، ولأن المضارب يدعي خلوص ما بقي من المال والربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق.

فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأنها تثبت إيفاء رأس المال، ولا يقال: الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من إيفاء رأس المال إذ الربح لا يكون إلا بعد الإيفاء إذ هو شرط صحة قسمة الربح، لأنا نقول: قد جرت عادة التجار بالمقاسمة مع بقاء رأس المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهد للمضارب. وذكر ابن سماعة في «نوادره» عن أبي يوسف في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة صحيحة، ثم جعل رب المال يأخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب يعمل بالنفقة ويتربح فيما يشتري ويبيع ثم احتسبا فإنهما يحتسبان برأس المال ألف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفان ولا يكون ما أخذ رب المال من النفقة نقصاناً من رأس المال ولكنهما يحتسبا رأس المال ألفاً من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان، لأنا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة لأن استرجاع رب المال رأس ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا إبطالها فيجعل رأس المال فيما بقي لئلا يبطل، هذا إذا كان في المضاربة ربح، فإن لم يكن فيها ربح فلا شيء للمضارب، لأن الشرط قد صح فلا يستحق إلا ما شرط وهو الربح ولم يوجد.

وأما الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى إذا كان في المال ربح، وإن لم يكن فلا شيء له على المضارب، هذا كله حكم المضاربة الصحيحة.

وأما حكم المضاربة الفاسدة فليس للمضارب أن يعمل شيئاً مما ذكرنا أن له أن يعمل في المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شيء مما ذكرنا عن أحكام المضاربة الصحيحة ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وإنما له أجر مثل عمله، سواء كان في المضاربة ربح أو لم يكن، لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة والأجير لا يستحق النفقة ولا المسمى في الإجارة الفاسدة، وإنما يستحق أجر المثل والربح كله يكون لرب المال، لأن الربح نماء ملكه وإنما يستحق المضارب شطراً منه بالشرط، ولم يصح الشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه، والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع والهلاك في المضاربة الفاسدة مع يمينه، هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وجعل المال في يده أمانة كما في المضاربة الصحيحة.

وذكر الطحاوي فيه اختلافاً وقال: لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة، وعندهما يضمن كما في الأجير المشترك إذا هلك المال في يده.

فصل: وأما صفة هذا العقد فهو أنه عقد غير لازم، ولكل واحد منهما أعني رب المال والمضارب الفسخ، لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه لما ذكرنا في كتاب الشركة.

ويشترط أيضاً أن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ دراهم أو دنانير، حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف ورأس المال عروض وقت النهي لم يصح نهيه، وله أن يبيعها لأنه يحتاج إلى بيعها بالدراهم والدنانير ليظهر الربح فكان النهي والفسخ إبطالاً لحقه في التصرف فلا يملك ذلك، وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير وقت الفسخ والنهي صح الفسخ والنهي، لكن له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم، لأن ذلك لا يعد بيعاً لاتحادهما في الثمنية.

فصل: وأما حكم اختلاف المضارب ورب المال، فإن اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم بأن ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الأمكنة أو مع عموم من الأشخاص وادعى الآخر نوعاً دون نوع ومكاناً دون مكان وشخصاً دون شخص، لأن قول من يدعي العموم موافق للمقصود بالعقد، إذ المقصود من العقد هو الربح، وهذا المقصود في العموم أوفر، وكذلك لو اختلفا في الإطلاق والتقييد فالقول قول من يدعي الإطلاق حتى لو قال رب المال: أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها، وقال المضارب: ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه لأن الإطلاق أقرب إلى المقصود بالعقد على ما بينا.

وقال الحسن بن زياد: إن القول قول رب المال في الفصلين جميعاً. وقيل: إنه قول زفر.

ووجهه: أن الإذن يستفاد من رب المال فكان القول في ذلك قوله، فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي العموم في دعوى العموم والخصوص لأنها تثبت زيادة، وفي دعوى التقييد والإطلاق البينة بينة مدعي التقييد لأنها تثبت زيادة فيه وبينة الإطلاق ساكتة.

ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا في ذلك الخاص. فقال رب المال: دفعت المال إليك مضاربة في البَزّ.

وقال المضارب: في الطعام.

فالقول قول رب المال في قولهم جميعاً، لأنه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فترجح بالإذن وإنه يستفاد من رب المال، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب، لأن بينته مثبتة وبينة رب المال نافية لأنه لا يحتاج إلى الإثبات والمضارب يحتاج إلى الإثبات لدفع الضمان عن نفسه، فالبينة المثبتة للزيادة أولى وقد قالوا في البينتين: إذا تعارضتا في صفة الإذن وقد وقتتا: إن الوقت الأخير أولى، لأن الشرط الثاني ينقض الأول فكان الرجوع إليه أولى.

وإن اختلفا في قدر رأس المال والربح، فقال رب المال: كان رأس مالي ألفين وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح، فإن كان في يد المضارب، ألف درهم يقر أنها مال المضاربة فالقول قول المضارب في أن رأس المال ألف.

والقول قول رب المال أنه شرط ثلث الربح وهذا قول أبي حنيفة الأخر، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وكان قوله الأول أن القول قول رب المال في الأمرين جميعاً، وهو قول زفر.

وجه قوله الأول: أن الربح يستفاد من أصل المال وقد اتفقا على أن جملة المال مضاربة وادعى المضارب استحقاقاً فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله، بخلاف ما إذا قال المضارب: بعض هذه الألفين خلطته بها أو بضاعة في يدي، لأنهما ما اتفقا على أن الجميع مال المضاربة، ومن كان في يده شيء فالقول قوله.

وجه قوله الآخر: أن القول في مقدار رأس المال قول المضارب لأنهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض، ألا ترى أنه لو أنكر القبض أصلاً وقال: لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله، فكذا إذا أنكر البعض دون البعض، وإنما كان القول قول رب المال في مقدار الربح، لأن شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في مقدار المشروط قوله.

ألا ترى أنه لو أنكر الشرط رأساً فقال: لم أشرط لك ربحاً وإنما دفعت إليك بضاعة كان القول قوله، فكذا إذا أقر بالبعض دون البعض، وإذا كان القول قول المضارب في قدر رأس المال في قوله الأخير فالقول قول رب المال في مقدار الربح في قولهم يجعل رأس المال ألف درهم ويجعل للمضارب ثلث الألف الأخرى فلا يقبل قول رب المال في زيادة رأس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح، وعلى قوله الأول يأخذ رب المال الألفين جميعاً. وإن كان في يده ثلاثة آلاف درهم والمسألة بحالها أخذ رب المال ألف درهم على قوله الأخير واقتسما ما بقي من المال أثلاثاً، وعلى قوله الأول يأخذ رب المال ألفي درهم ويأخذ ثلثي الألف الأخرى لما بينا.

وإن كان في يد المضارب قدر ما ذكر أنه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعاً لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب، فإن جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال: ألف رأس المال وألف ربح وألف وديعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر، أو على ألف دين فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها، لأن من في يده شيء فالظاهر أنه له إلا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الألف فكان القول قوله فيها، وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه، ومن أقام منهما بينة على ما يدعي من فضل فالبينة بينة كل واحد منهما تثبت زيادة، فبينة رب المال تثبت زيادة في رأس المال، وبينة المضارب تثبت زيادة في الربح.

وقال محمد رحمه الله: إذا قال رب المال: شرطت لك ثلث الربح، وزيادة عشرة دراهم.

وقال المضارب: بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها إلا فساد العقد فلا يقبل قوله؛ وإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لأنها تثبت زيادة شرط، ولو قال رب المال: شرطت لك الثلث إلا عشرة.

وقال المضارب: بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال لأنه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعي تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح، وفي هذا نوع إشكال وهو أن المضارب يدعي صحة العقد ورب المال يدعي فساده. فينبغي أن يكون القول قول المضارب.

والجواب: أن دعوى رب المال وإن تعلق به فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر إنكاره لأنه مفيد في الجملة.

ولو قال رب المال: شرطت لك نصف الربح وقال المضارب: شرطت لي مائة درهم أو لم تشترط لي شيئاً ولي أجر المثل فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي أجراً واجباً في ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله. فإن أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئاً فالبينة بينة رب المال لأنها مثبتة للشرط وبينة المضارب نافية، والمثبتة أولى.

ولو أقام المضارب البينة أنه شرط له مائة درهم فبينته أولى، لأن البينتين استويا في إثبات الشرط وبينة المضارب أوجبت حكماً زائداً وهو إيجاب الأجر على رب المال فكانت أولى.

وذكر الكرخي رحمه الله: أنهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة إلا في هذا الفصل خاصة، وهو أنه إذا أقام رب الأرض والبذر البينة على أنه شرط للعامل نصف الخارج، وقال العامل: شرطت لي مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب، والفرق بينهما: أن المزارعة عقد لازم في جانب العامل، بدليل أن من لا بذر له من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه، فرجحنا بينة من يدعي الصحة والمضاربة ليست بلازمة، فإن المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بإيجاب الضمان وهو الأجر.

ولو قال رب المال: دفعت إليك بضاعة. وقال المضارب: مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله إنه لم يشترط، ولأن المضارب يدعي استحقاقاً في مال الغير فالقول قول صاحب المال.

ولو قال المضارب: أقرضتني المال والربح لي.

وقال رب المال: دفعت إليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي عليه التمليك وهو منكر، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأنها تثبت التمليك، ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه. ولو قال المضارب: دفعت إليّ مضاربة وقال رب المال: أقرضتك فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله، فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لأنها تثبت أصل الضمان.

ولو جحد المضارب المضاربة أصلاً ورب المال يدعي دفع المال إليه مضاربة فالقول قول المضارب، لأن رب المال يدعي عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله.

ولو جحد ثم أقرّ فقد قال ابن سماعة في «نوادره»: سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة ثم طلبه منه فقال: لم تدفع إليّ شيئاً، ثم قال: بلى أستغفر الله العظيم قد دفعت إليّ ألف درهم مضاربة: فهو ضامن للمال لأنه أمين، والأمين إذا جحد الأمانة ضمن كالمودع، وهذا لأن عقد المضاربة

ليس بعقد لازم بل هو عقد جائز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخاً له أو رفعاً له، وإذا ارتفع العقد صار المال مضموناً عليه كالوديعة، فإن اشترى بها مع الجحود كان مشترياً لنفسه لأنه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة، لأن من حكم المضارب أن يكون المال أمانة في يده، فإذا صار ضميناً لم يبق أميناً، فإن أقر بعد الجحود لا يرتفع الضمان، لأن العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود إلا بسبب جديد، فإن اشترى بها بعد الإقرار.

فالقياس: أن يكون ما اشتراه لنفسه لأنه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرأ منه بفعله، وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرأ من الضمان. لأن الأمر بالشراء لم يرتفع بالجحود بل هو قائم مع الجحود، لأن الضمان لا ينافي الأمر بالشراء. بدليل أن من غصب من آخر شيئاً فأمر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صح الأمر، وإن كان المغصوب مضموناً على الغاصب وإذا بقي الأمر بعد الجحود فإذا اشترى بموجب الأمر وقع الشراء للآمر، ولن يقع الشراء له إلا بعد انتفاء الضمان وصار كالغاصب إذا باع المغصوب بأمر المالك وسلم أنه يبرأ من الضمان. كذا هذا.

وقوله: المال صار مضموناً عليه فلا يبرأ من الضمان بفعله، قلنا: العين المضمونة يجوز أن يبرأ الضامن منها بفعله كالمغصوب منه إذا أمر الغاصب أن يجعل المغصوب في موضع كذا أو يسلمه إلى فلان أنه يبرأ بذلك من الضمان، وكذلك رجل دفع إلى رجل ألف درهم فأمر أن يشتري بها عبداً فجحده الألف ثم أقر بها ثم اشترى جاز الشراء ويكون للآمر وبرىء الجاحد من الضمان ولو اشترى بها عبداً ثم أقر لم يبرأ عن الضمان وكان الشراء له لما ذكرنا في المضارب.

ولو دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه ثم جحد الألف ثم اشترى بها العبد ثم أقر بالألف فإن العبد للآمر لأن الوكيل بشراء العبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فتعين أن يكون الشراء للآمر فصار كأنه أقر ثم اشترى بخلاف المضارب لأنه يملك أن يشتري لنفسه فلا يحمل على الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء.

وقال أبو يوسف في المأمور ببيع العبد إذا جحده إياه فادعاه لنفسه ثم أقرّ له به؟ أن البيع جائز وهو بريء من ضمانه، وكذلك لو دفع إليه عبداً فأمره أن يهبه لفلان فجحده وادعاه لنفسه، ثم أقرّ له به فباعه أن البيع جائز وهو بريء من ضمانه، وكذلك أن أمره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم أقر له به فأعتقه جاز عتقه لما ذكرنا أن الأمر بعد الجحود قائم، فإذا جحد ثُمَّ أقرَّ فقد تصرف بأمر رب المال فيبرأ من الضمان.

ولو باع العبد أو وهبه أو أعتقه ثم أقرّ بذلك بعد البيع قال ابن سماعة: ينبغي في قياس ما إذا دفع إليه ألفاً وأمره أن يشتري بها عبداً بعينه أنه يجوز ويلزم الآمر لأنه لا يملك أن يبيع العبد لنفسه.

وقال هشام: سمعت محمداً قال في رجل دفع إليَّ رجل ألف درهم مضاربة فجاء بألف وخمسمائة فقال: هذه الألف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح، وسكت ثم قال: عليَّ دين فيه لفلان كذا كذا، قال محمد: القول قول المضارب.

وقال الحسن بن زياد: إذا أقرّ المضارب أنه عمل بالمال وإن في يده عشرة آلاف وعلي فيها دين ألف أو

ألفان فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه يدفع الدين منه، سمى صاحبه أو لم يسمه، وإن سكت سكتة ثم أقر بذلك وسمى صاحبه أو لم يسمه لم يصدق، قال: وهذا قياس قول أبي حنيفة، وهذا الذي ذكره الحسن يخالف ما قال محمد.

ووجهه: أنه إذا قال في يدي عشرة آلاف وسكت فقد أقر بالربح، فإذا قال: عليَّ دين ألف فقد رجع عما أقر به، لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين، والإقرار إذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما إذا قال ذلك متصلاً، لأن الإقرار لم يستقر بعد وكان بمنزلة الاستثناء.

وجه قول محمد: أن أقر بالدين في حال يملك الإقرار به فينفذ إقراره، كما إذا قال: هذا ربح وعليَّ دين.

وقوله: أن قوله علي دين بعدما سكت يكون رجوعاً عما أقر به من الربح ممنوع، فإنه يجوز أنه ربح ثم لزمه الدين، ألا ترى أن الرجل يقول قد ربحت ولزمني دين وهو يملك الإقرار بالدين فإذا أقر به صح.

ولو جاء المضارب بألفين فقال: ألف رأس المال وألف ربح، ثم قال: ما أربح إلا خمسمائة ثم هلك المال كله في يد المضارب فإن المضارب يضمن الخمسمائة التي جحدها ولا ضمان عليه في باقي المال، لأن الربح أمانة في يده فإذا جحده فقد صار غاصباً بالجحود فيضمن إذا هلك.

ولو قال المضارب لرب المال: قد دفعت إليك رأس مالك والذي بقي في يدي ربح، ثم رجع فقال: لم أدفعه إليك ولكن هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لأنه صار جاحداً بدعوى الدفع فيضمن بالجحود، وكذلك لو اختلفا في الربح ثم رجع فقال: لم أدفعه إليك ولكنه هلك فإنه يضمن ما ادعى دفعه إلى رب المال لما بينا.

ولو اختلفا في الربح فقال رب المال: شرطت لك الثلث وقال المضارب: شرطت لي النصف ثم هلك المال في يد المضارب، قال محمد: يضمن المضارب السدس من الربح يؤديه إلى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك لأنا قد بينا أن القول في شرط الربح قول رب المال وإذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعى النصف، ومن ادعى أمانة في يده ضمنها، لذلك يضمن سدس الربح، والله عز وجل الموفق.

فصل: وأما بيان ما يبطل به عقد المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ وبالنهي عن التصرف، لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وأن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ والنهي، فإن كان متاعاً لم يصح وله أن يبيعه بالدراهم والدنانير حتى ينض كما ذكرنا فيما تقدم، وإن كان عيناً صح لكن له صرف الدراهم إلى الدنانير والدنانير إلى الدراهم بالبيع لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعاً لتجانسهما في معنى الثمنية وتبطل بموت أحدهما لأن المضاربة تشتمل على الوكالة والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل، وسواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم لأنه عزل حكمي فلا يقف على العلم كما في الوكالة، إلا أن رأس المال إذا صار متاعاً فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناضاً لما بينا، وتبطل بجنون أحدهما إذا كان مطبقاً، لأنه يبطل أهلية الأمر للآمر وأهلية التصرف للمأمور، وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة، وقد تقدم في كتاب الوكالة تفصيله.

ولو ارتدَّ رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة عليه الرحمة إن رجع إلى الإسلام بعد ذلك نفذ كله والتحقت ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وصار كأنه لم يرتد أصلاً، وكذلك إن لحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة أمواله ميراثاً لورثته، فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أن ملك المرتد موقوف إن مات أو قتل أو لحق فحكم باللحوق يزول ملكه من وقت الردة إلى ورثته ويصير كأنه مات في ذلك الوقت فيبطل تصرف المضارب بأمره لبطلان أهلية الأمر، ويصير كأنه تصرف في ملك الورثة، فإن كان رأس المال يومئذٍ قائماً في يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فالمشتري وربحه يكون له لأنه زال ملك رب المال عن المال فينعزل المضارب عن المضاربة فصار متصرفاً في ملك الورثة بغير أمرهم.

وإن كان صار رأس المال متاعاً فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال لما ذكرنا في هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك ردته، فإن حصل في يد المضارب دنانير ورأس المال دراهم أو حصل في يده دراهم ورأس المال دنانير فالقياس: أن لا يجوز له التصرف، لأن الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى لاتحادهما في الثمنية، فيصير كأن عين المال قائم في يده، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: إن باعه بجنس رأس المال جاز لأن على المضارب أن يرد مثل رأس المال، فكان له أن يبيع ما في يده كالعروض.

وأما على أصل أبي يوسف ومحمد فالردة لا تقدح في ملك المرتد، فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال، كما يجوز تصرف رب المال بنفسه عندهما فإن مات رب المال أو قتل كان موته كموت المسلم في بطلان عقد المضاربة. وكذلك إن لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه، لأن ذلك بمنزلة الموت، بدليل أن ماله يصير ميراثاً لورثته فبطل أمره في المال، فإنْ لَم يرتدّ ربُّ المالِ ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً، لأن وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا ملك للمضارب فيما يتصرف فيه بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة، إلا أنه لا عهدة على المضارب وإنما العهدة على رب المال في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن العُهدة تلزم بسبب المال فتكون على رب المال، وصار كما لو وكَّل صبياً محجوراً أو عبداً محجوراً، فأما على قولهما: فالعهدة عليه لأن تصرفه كتصرف المسلم.

وإن مات المضارب أو قتل على الرِّدة بطلت المضاربة، لأن موته في الردة كموته قبل الردة. وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضي بلحوقه، لأن ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه.

فإن لحق المضارب بدار الحرب بعد ردته فباع واشترى هناك ثم رجع مسلماً فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان عليه في شيء من ذلك، لأنه لما لحق بدار الحرب صار كالحربي إذا استولى على مال إنسان ولحق بدار الحرب أنه يملكه فكذا المرتد.

وأما ارتداد المرأة وعدم ارتدادها سواء في قولهم جميعاً، سواء كان المال لها أو كانت مضاربة، لأن ردتها لا تؤثر في ملكها إلا أن تموت فتبطل المضاربة، كما لو ماتت قبل الردة أو لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها لما ذكرنا أن ذلك بمنزلة الموت. وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً في قول أصحابنا، لأنه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة.

وكذلك لو استهلكه المضارب أو أنفقه أو دفعه إلى غيره فاستهلكه لما قلنا حتى لا يملك أن يشتري به شيئاً للمضاربة، فإن أخذ مثله من الذي استهلكه كان له أن يشتري به على المضاربة. كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه أخذ عوض رأس المال فكان أخذ عوضه بمنزلة أخذ ثمنه فيكون على المضاربة. وروى ابن رستم عن محمد أنه لو أقرضها المضارب رجلاً فإن رجع إليه الدراهم بعينها رجعت على المضاربة، لأنه وإن تعدى يضمن لكن زال التعدي فيزول الضمان المتعلق به، وإن أخذ مثلها لم يرجع في المضاربة لأن الضمان قد استقر بهلاك العين وحكم المضاربة مع الضمان لا يجتمعان، ولهذا يخالف ما رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في الاستهلاك. هذا إذا هلك مال المضاربة قبل أن يشتري المضارب شيئاً، فإن هلك بعد الشراء بأن كان مال المضاربة ألفاً فاشترى بها جارية ولم ينقد الثمن البائع حتى هلكت الألف فقد قال أصحابنا: الجارية على المضاربة ويرجع على رب المال بالألف فيسلمها إلى البائع، وكذلك إن هلكت الثانية التي قبض يرجع بمثلها على رب المال. وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد ذلك أبداً حتى يسلم إلى البائع ويكون ما دفعه أولاً رب المال وما غرم كله من رأس المال، وإنما كان كذلك لأن المضارب متصرف لرب المال فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل.

غير أن الفرق بين الوكيل والمضارب أن الوكيل إذا هلك الثمن في يده فرجع بمثله إلى الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع على الموكل. والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق: أن الوكالة قد انتهت بشراء الوكيل، لأن المقصود من الوكالة بالشراء استفادة ملك المبيع لا الربح، فإذا اشترى فقد حصل المقصود فانتهى عقد الوكالة بانتهائه ووجب على الوكيل الثمن للبائع، فإذا هلك في يده قبل أن ينقده البائع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبائع عليه، فإذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شيء آخر.

فأما المضاربة فإنها لا تنتهي بالشراء لأن المقصود منها الربح ولا يحصل إلا بالبيع والشراء مرة بعد أخرى، فإذا بقي العقد فكان له أن يرجع ثانياً وثالثاً، وما غرم رب المال مع الأول يصير كله رأس المال لأنه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال المضاربة، ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يصر ما غرم رب المال من رأس المال ويهلك مجاناً يتضرر به رب المال لأنه يخسر ويربح المضارب، وهذا لا يجوز.

ولو قبض المضارب الألف الأولى فتصرف فيها حتى صارت ألفين ثم اشترى بها جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقدها البائع فإنه يرجع على رب المال بألف وخمسمائة ويغرم المضارب من ماله خمسمائة وهي حصته من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة وثلاثة أرباعها على المضاربة ورأس المال في هذه الثلاثة الأرباع ألفان وخمسمائة، وإنما كان كذلك لأنه لما اشترى الجارية بألفين فقد اشتراها

أرباعاً، ربعها للمضارب وثلاثة أرباعها لرب المال لأنه اشتراها بعدما ظهر ملك المضارب في الربح، لأنه اشتراها بألفين ورأس المال ألف، فحصة رب المال من الربح خمسمائة وحصة المضارب خمسمائة فما اشتراه لرب المال رجع عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه، وإنما خرج ربع الجارية من المضاربة، لأن القاضي لما ألزمه ضمان حصته من الربح فقد عينه، ولا يتعين إلا بالقيمة فخرج الربح من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه وقد لزم رب المال ألف وخمسمائة بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة في رأس المال فصار رأس المال ألفين وخمسمائة. فإن بيعت هذه الجارية بأربعة آلاف منها للمضارب ألف، لأن ذلك حصته من الربح فكان ملكه وبقي ثلاثة آلاف على المضاربة لرب المال، منها ألفان وخمسمائة رأس ماله يبقى ربح خمسمائة فيكون بينهما نصفين على الشرط.

ولو كانت الجارية تساوي ألفين والشراء بألف وهي مال المضاربة فضاعت غرمها رب المال كلها، لأن الشراء إذا وقع بألف فقد وقع بثمن كله رأس المال وإنما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب المال، بخلاف الفصل الأول فإن هناك الشراء وقع بألفين فظهر ربح المضارب وهلك ربع الجارية فيغرم حصة ذلك الربع من الثمن.

وروي عن محمد في المضارب: إذا اشترى جارية بألفي درهم ألف ربح وقيمتها ألف فضاعت الألفان قبل أن ينقدها البائع أنه على المضارب الربع وهو خمسمائة وعلى رب المال ألف وخمسمائة. وهذا على ما بينا.

قال محمد: ولو اشترى جارية تساوي ألفين بأمة تساوي ألفاً وقبض التي اشتراها ولم يدفع أمته حتى ماتتا جميعاً في يده فإنه يغرم قيمة التي اشترى وهي ألف يرجع بذلك على رب المال لأن المضمون عليه قيمة الجارية التي اشتراها ولا فضل في ذلك عن رأس المال. وهذا إنما يجوز وهو أن يشتري المضارب جارية قيمتها ألف بألفين إذا كان رب المال قال له: اشتر بالقليل والكثير، وإلا فشراء المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعاً.

وذكر ابن سماعة عن محمد في موضع آخر في «**نوادره**» في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلاثة آلاف فاشترى بثلاثة آلاف ثلاثة أعبد قيمة كل واحد ألف ولم ينقد المال حتى ضاع، قال: يغرم ذلك كله على رب المال ويكون رأس المال أربعة آلاف، لأن المضارب لم يتعين له ملك في واحد من العبيد، لأن كل واحد منهم يجوز أن يكون رأس المال. لهذا لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم.

وقد علل محمد لهذا فقال: من قبل أن المضارب لم يكن يجوز عتقه في شيء من العبيد، وهذا يخالف ما ذكره الكرخي فإنه قال: إن محمداً يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب عليه من الثمن.

ومعنى هذا الكلام: أن المضارب إذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك كان المعتبر ما يجب عليه ضمانه، فإن كان ما يضمنه زائداً على رأس المال كان على المضارب حصة ذلك وإلا فلا، وهذا بخلاف

الأول لأنا إذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن أكثر من رأس المال.

فإما أن يجعل عن محمد روايتان أو يكون الشرط فيما صار مضموناً على المضارب أن يتعين حقه فيه، وهنا وإن ضمن فإنه لم يتعين حقه فيه، وأما تعليله بعدم نفاذ العتق فلا يطرد، لأنه لو اشترى بالألفين جارية تساوي ألفاً يضمن وإن لم ينفذ عتقه فيه، إلا أن يكون جعل نفوذ العتق في الجارية المشتراة بألفين وقيمتها ألفان عليه لوجوب الضمان عليه، فما لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة فلا يلزمه طرده في جميع المواضع.

وقال محمد: إذا اشترى المضارب عبداً بألف درهم وهي مال المضاربة ففقد المال فقال رب المال: اشتريته على المضاربة ثم ضاع المال، وقال المضارب: اشتريته بعدما ضاع وأنا أرى أن المال عندي، فإذا قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب، لأن الأصل في كل من يشتري شيئاً أنه يعتبر مشترياً لنفسه، ولأن الحال يشهد به أيضاً وهو هلاك المال، فكان الظاهر شاهداً للمضارب فكان القول قوله.

وذكر محمد في المضاربة الكبيرة: إذا اختلفا وقال رب المال: ضاع قبل أن تشتري الجارية وإنما اشتريتها لنفسك، وقال المضارب: ضاع المال بعد ما اشتريتها وأنا أريد أن آخذك بالثمن ولا أعلم متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة أنه اشترى والمال عنده إنما ضاع بعد الشراء، لأن رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب يدعي عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لأنه يدعي وقوع العقد له ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله، ولأن الحال وهو الهلاك شهد لرب المال، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأنها تثبت الضمان فكانت أولى.

وإذا انفسخت المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التقاضي والقبض، فإن كان في المال ربح أجبر على التقاضي والقبض، وإن لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما وقيل له أحل رب المال بالمال على الغرماء، لأنه إذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب فيكون عمله عمل الأجير، والأجير مجبور على العمل فيما التزم، وإن لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلاء فلا يجبر على إتمام العمل، كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن، غير أنه يؤمر المضارب أو الوكيل أن يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه، لأن حقوق العقد راجعة إلى العاقد فلا تثبت ولاية القبض للآمر إلا بالحوالة من العاقد فيلزمه أن يحيله بالمال حتى لا يتوي حقه.

ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين الذي عليه لم يجز ضمانه، لأن العاقد قد جعله أميناً فلا يملك أن يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العاقد أميناً.

ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف فإنه يعود ديناً فيما خلف المضارب، وكذا المودع والمستعير والمستبضع وكل من كان المال في يده أمانة إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون عليه ديناً في تركته لأنه صار بالتجهيل مستهلكاً للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال.

ولو عين الميت المال في حال حياته أو علم ذلك يكون ذلك أمانة في يد وصيه أو في يد وارثه كما كان في يده ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت في حال حياته، والله عز وجل أعلم.

كتاب الهبة

الكلام في هذا الكتاب في الأصل في ثلاثة مواضع: في بيان ركن الهبة وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكم الهبة.

أما ركن الهبة: فهو الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً، والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر، وفي قول قال: القبض أيضاً ركن، وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه فلم يقبل. أنه يحنث استحساناً وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل، وفي قول ما لم يقبل ويقبض، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحنث، وعلى هذا الخلاف إذا قال رجل لآخر: وهبت هذا الشيء منك فلم يقبل، فقال المقر له: لا، بل قبلت فالقول قول المقر عندنا، وعنده القول قول المقر له وأجمعوا على أنه لو قال: بعت هذا الشيء منك فلم تقبل، فقال المقر له: لا، بل قبلت أن القول قول المقر له.

وجه القياس: أن الهبة تصرف شرعي، والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعاً، لهذا أمكن الإيجاب بدون القبول تبعاً. كذا هذا.

وجه الاستحسان: أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام.

والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**لا تجوزُ الهبةُ إلا مقبوضةً محوزة**»[1] أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة.

وروي أن الصعب بن جثامة أهدى إلى النَّبي عليه الصلاة والسلام حمارَ وحشٍ وهو «**بالأبواء**». وفي [ب/١٨٦/ج] رواية «**بودان**» فرده النبي عليه الصلاة والسلام / وقال: «**لولا أنا حرامٌ وإلا لقبلنا**»[2] فقد أطلق الراوي اسم الإهداء بدون القبول والإهداء من ألفاظ الهبة.

وروي أن سيدنا أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعى سيدتنا عائشة رضي الله عنها في مرض موته فقال

(١) قال الحافظ الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٢١) غريب.
وروى عبد الرزاق في «مصنفه» (٩/ ١٠٣) من قول النخعي معناه.

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» برقم (٢٣٢) وأحمد في «المسند» (٤/ ٣٧ و ٣٨ و ٧٤).
ومسلم في «صحيحه» (٤/ ١٣) وبقية أصحاب السنن.

لها: «إني كُنتُ نحلتكِ جدَادَ عِشْرينَ وَسْقاً مِنْ مَالي بالعَالية وإنّكِ لَمْ تَكُوني قبضتيهِ ولا حرزتيهِ، وإنَّما هو اليومُ مالُ الوارثِ»[1]، أطلق الصديق رضي الله عنه اسم النحل بدون القبض.

والنحل من ألفاظ الهبة فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك.

والأصل: أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم الإيجاب مع القبول، فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر، فما لم يوجدا لا يتسم التصرف بسمة البيع، ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء، وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع. وكذا الغرض من الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الإيجاب لأنه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه.

فأما القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب، والملك محكوم شرعي ثبت جبراً من الله تعالى، شاء العبد أو أبى، فلا يتصور منع النفس عنه أيضاً، بخلاف البيع فإنه وإن منع نفسه عن فعله وهو الإيجاب، إلا أن الإيجاب هناك لا يصير تبعاً بدون القبول فشرط القبول ليصير تبعاً، فالإيجاب هو أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هو لك أو أعطيته أو نحلته أو أهديته إليك أو أطعمتك هذا الطعام أو حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة.

أما قوله: وهبت لك فصريح في الباب.

وقوله: «ملكتك» يجري مجرى الصريح أيضاً، لأن تمليك العين للحال من غير عوض هو تفسير الهبة، وكذا قوله جعلت هذا الشيء لك.

وقوله: «هو لك» لأن اللام المضاف إلى من هو أهل للملك للتمليك فكان تمليك العين في الحال من غير عوض وهو معنى الهبة، وكذا قوله أعطيتك، لأن العطية المضافة إلى العين في عرف الناس هو تمليكها للحال من غير عوض وهذا معنى الهبة، وكذا يستعمل الإعطاء استعمال الهبة، يقال: أعطاك الله كذا ووهبك بمعنى، والنحلة هي العطية، يقال: فلان نحل ولده نحلى أي أعطاه عطية والهبة بمعنى العطية.

وقوله: «أطعمتك هذا الطعام» في معنى أعطيتك، وقوله: «حملتك على هذه الدابة» فإنه يحتمل الهبة ويحتمل العارية، فإنه روي أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنهما حمل رجلاً على دابة، ثم رآها تُباعُ في السُّوقِ فأرادَ أن يشتريها فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فقال ﷺ: «**لا ترجعْ في صَدَقَتِكَ**»[2] فاحتمل تمليك

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» في القضاء، باب ما لا يجوز من النحل وعبد الرزاق في «مصنفه» انظر «نصب الراية» (٤/ ١٢٢).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (١/ ٢٨٢) في الزكاة، باب اشتراء الصدقة والعود فيها وأحمد في «المسند» (٢/ ٥٥).
والبخاري في «صحيحه» في الجهاد والسير، باب الجعائل والحملان في السبيل برقم (٢٩٧١) وفي باب إذا حمل على فرس فراصاً تباع برقم (٣٠٠٢).
ومسلم في «صحيحه» في الهبات، باب كراهة شراء الإنسان بما تصدق برقم (١٦٢١).
وأبو داود في «سننه» في الزكاة، باب الرجل يبتاع صدقة برقم (١٥٩٣).
والترمذي في «جامعه» في الزكاة، باب هل يشتري صدقة برقم (٦٦٨).
والنسائي في «المجتبى» (٥/ ١٠٩) في الزكاة، باب شراء الصدقة.

العين واحتمل تملك المنافع، فلا بد من النية للتعيين.

ولو قال: منحتك هذا الشيء أو قال: هذا الشيء لك منحة، فهذا لا يخلو: إما أن يكون ذلك الشيء مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك، وإما أن يكون مما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه، فإن كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك، كالدار والثوب والدابة والأرض، بأن قال: هذه الدار لك منحة، أو هذاالثوب أو هذه الدابة أو هذه الأرض فهو عارية، لأن المنحة في الأصل عبارة عن هبة المنفعة أو ما له حكم المنفعة، وقد أضيف إلى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة، لأن منفعة الأرض زراعتها فكان هذا تمليك المنفعة من غير عوض، وهو تفسير الإعارة، وكذا إذا قال لأرض بيضاء: هذه الأرض لك طعمة كان عارية، لأن عين الأرض مما لا يطعم وإنما يطعم ما يخرج منها، فكان طعمة الأرض زراعتها فكان ذلك حينئذ إعارة ولصاحبها أن يأخذها إذا لم يكن فيها زرع، وإن كان فيها زرع فالقياس أن يكون له ولاية القلع كالبناء والغرس، وفي الاستحسان يترك إلى وقت الحصاد بأجر المثل، وسنذكر وجهيها في كتاب العارية، ولو منحه شاة حلوباً أو ناقة حلوباً أو بقرة حلوباً وقال: هذه الشاة لك منحة أو هذه الناقة أو هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها، لأن اللبن وإن كان عيناً حقيقة فهو معدود من المنافع عرفاً وعادة فأعطي له حكم المنفعة، كأنه أباح له شرب اللبن فيجوز له الانتفاع بلبنها. وكذلك لو منحه جدياً أو عناقاً كان له عارية، لأن الجدي بعرض أن يصير فحلاً والعناق حلوباً وإن عنى بالمنحة الهبة في هذه المواضع فهو على ما عنى، لأنه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه، وإن كان مما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك كالمأكول والمشروب والدراهم والدنانير، بأن قال: هذا الطعام لك منحة أو هذا اللبن أو هذه الدراهم والدنانير كان هبة، لأن المنحة المضافة إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك لا يمكن حملها على هبة المنفعة فيحمل على هبة العين وهي تمليكها وتمليك العين للحال من غير عوض هو تغيير الهبة هذا إذا كان الإيجاب مطلقاً عن القرينة، فأما إذا كان مقروناً بقرينة فالقرينة لا تخلو إما إن كان وقتاً وإما إن كان شرطاً، وإما إن كان منفعة، فإن كان وقتاً بأن قال: أعمرتك هذه الدار، أو صرح فقال: جعلت هذه الدار لك عمري، أو قال: جعلتها لك عمرك، أو قال: هي لك عمرك أو حياتك فإذا مت أنت فهي رد علي أو قال: جعلتها لك عمري أو حياتي فإذا مت أنا فهي رد على ورثتي، فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حياته ولورثته بعد وفاته والتوقيت باطل. والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«أمسكوا عَلَيكُمْ أَمْوَالَكُمْ لا تَعْمروها فإنَّ مَنْ أعمرَ شيئاً فإنَّه لِمَنْ أعمرَه»**[1].

وروى جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: **«أيّما رجلٍ أعمرَ عُمْرى لَهُ ولعقبهِ فإنّها للذي يُعطاها لا يرجعُ إلى الّذي أعْطَاها لأنه أعطى عطاءً وقعتْ فيهِ المواريث»**[2].

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الأقضية باب ما لا يجوز من النحل (٢/ ٧٥٣).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٧٥٦) كتاب الأقضية باب القضاء في العمري ومسلم (١٦٢٥) في الهبات: باب العمري.
وأبو داود (٣٥٥٣) في البيوع: باب من قال فيه ولعقبه.
والترمذي (١٣٥٠) في الأحكام باب ما جاء في العمري والنسائي (٦/ ٣٧٥) في الرقبى باب ذكر الاختلاف على الذهبي منه.

وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ أَعْمَرَ عُمرى حَياتِهِ فهي لَهُ ولِعَقِبِهِ يَرِثُها منْ يرثُه بَعْدَه**»[١] فدلت هذه النصوص على جواز الهبة وبطلان التوقيت، لأن قوله جعلت هذه الدار لك أو هي لك تمليك العين للحال مطلقاً.

ثم قوله عمري توقيت التمليك وإنه تغيير لمقتضى العقد، وكذا تمليك الأعيان لا يحتمل التوقيت نصاً كالبيع فكان التوقيت تصرفاً مخالفاً لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقي العقد صحيحاً. وإن كانت القرينة شرطاً نظر إلى الشرط المقرون، فإن كان مما يمنع وقوع التصرف تمليكاً للحال يمنع صحة الهبة وإلا فيبطل الشرط وتصح الهبة.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال: أرقبتك هذه الدار أو صرح فقال: جعلت هذه الدار لك رقبي، أو قال: هذه الدار لك رقبي ودفعها إليه فهي عارية في يده له أن يأخذها منه متى شاء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: هذا هبة.

وقوله: «رقبى» باطل. احتج بما روي «**أنَّ رسول الله ﷺ أجازَ العُمرى والرُّقبى**»[٢] ولأن قوله «داري لك» تمليك العين لا تمليك المنفعة ولما قال: رقبى فقد علقه بالشرط وأنه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحاً، ولهذا لو قال: داري لك عمرى أنه تصح الهبة ويبطل شرط المعمر. كذا هذا واحتجا بما روى الشعبي عن شريح «**أن رسول الله ﷺ أجازَ العمرى وأَبْطَلَ الرُّقبى**»[٣] ومثلهما لا يكذب، ولأن قوله: داري لك رقبى تعليق التمليك بالخطر لأن معنى الرقبى أنه يقول: إن مت أنا قبلك فهي لك، وإن مت أنت قبلي فهي لي.

سمى الرقبى من الرقوب، والارتقاب والترقب وهو الانتظار، لأن كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكانت الرقبى تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية، لأنه دفع إليه وأطلق له الانتفاع به، وهذا معنى العارية، وهذا بخلاف العمرى لأن هناك وقع التصرف تمليكاً للحال، فهو بقوله عمرى وقت التمليك أنه لا يحتمل التوقيت فيبطل وبقي العقد على الصحة ولا حجة له في الحديث لأن الرقبى تحتمل أن تكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل أن تكون من الأرقاب وهو هبة الرقبة، فإن أريد بها الأول كان حجة له، وإن أريد بها الثاني لا يكون حجة، لأن ذلك جائز فلا يكون حجة مع الاحتمال، أو يحمل على الثاني توفيقاً بين الحديثين صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنه.

وبهذا تبين أن لا اختلاف بينهم في الحقيقة إن كان الرقبى والأرقاب مستعملان في اللغة في هبة الرقبة وينبغي أن ينوي فإن عنى به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وإن عنى به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف.

---

(١) أبو حيان (١١) رقم (٥١٣٥ و ٣٦) كتاب الرقبى والعمرى وأخرجه أحمد (٣/ ٣٦٠) ومسلم (١٦٢٥) في الهبات باب العمرى وأبو داود (٣٣٥٤) في البيوع باب من قال فيه ولعقبه والنسائي (٦/ ٢٧٦).

(٢) «العمرى جائزة لمن أعمرها والرقبى جائزة لمن أرقبها».
أبو داود (٣٥٥٨) والنسائي (٢/ ١٣٦) والترمذي (١/ ٢٥٣) وابن ماجه (٢٣٨٣) والبيهقي (٦/ ١٧٥) وأحمد (٣/ ٣٠٣).

(٣) «أجاز العمرى وأبطل الرقبى» قال الزيلعي: غريب.

ولو قال لرجلين: داري لأطولكما حياة، فهو باطل لأنه لا يدرى أيهما أطول حياة، فكان هذا تعليق التمليك بالخطر فبطل، ولو قال: داري لك حبيس فهذا عارية عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: هو هبة، وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبى.

وجه قوله: أن قوله داري لك، تمليك وقوله حبيس نفي الملك فلم يصح النفي وبقي التمليك على حاله.

وجه قولهما: أن قوله حبيس خرج تفسيراً لقوله لك فصار كأنه ابتدأ بالحبيس فقال: داري حبيس لك. ولو قال ذلك: كان عارية بالإجماع، كذا هذا. ولو قال: داري رقبى لك كان عارية إجماعاً، ذكره القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» ولو وهب جارية على أن بيعها أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن يبيعها لفلان أو على أن يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط، لأن هذه الشروط مما لم تمنع وقوع التصرف تمليكاً للحال، وهي شروط تخالف مقتضى العقد فتبطل ويبقى العقد على الصحة، بخلاف شروط الرقبى على ما بينا، وبخلاف البيع فإنه تبطله هذه الشروط، لأن القياس أن لا يكون قران الشرط الفاسد لعقد ما مفسراً له، لأن ذكره في العقد لم يصح فيلحق بالعدم ويبقى العقد صحيحاً، إلا أن الفساد في البيع للنهي الوارد فيه ولا نهي في الهبة فيبقى الحكم فيه على الأصل، ولأن دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾[1] وهذا يجري مجرى الترغيب في أكل المهر.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «تَهادُوا تَحابُّوا»[2] وهذا ندب إلى التهادي والهدية هبة.

وروينا عن الصديق رضي الله عنه أنه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها: «إني كُنتُ نحلتك كَذَا وكَذَا»[3] وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: «من وهب هبة لصلةِ رَحِمٍ أو على وجهِ صَدَقةٍ فإنَّهُ لا يَرجعُ فيها»[4] ومن وهب هبة يرى أنه أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرض عنها. ونحوه من الدلائل المقتضية لشرعية الهبة، من غير فصل بين ما قرن بها شرط فاسد أو لم يقرن. وعلى هذا يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها، أو وهب حيواناً واستثنى ما في بطنه أن الهبة جائزة في الأم والولد جميعاً والاستثناء باطل والكل للموهوب له.

---

(١) سورة النساء، الآية: (٤).
(٢) أخرجه البخاري في «الأدب» (٥٩٤) وتمام في «الفوائد» (٢/ ٢٤٦) وابن عدي ٢/ ٢٠٤) والبيهقي (٦/ ١٦٩) والقضاء في «مسند الشهاب» (١/ ٣٨١) رقم ٦٥٧).
والحاكم في «علوم الحديث» (٨٠).
ومالك في «الموطأ» (٢/ ١٩٠٨).
(٣) تقدم.
(٤) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٤) موقوفاً.
والطحاوي (٢/ ٢٤١).
والبيهقي (٦/ ١٨١، ١٨٢).

وجملة الكلام في العقود التي فيها استثناء الحمل أنها أقسام ثلاثة:

قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء جميعاً، وقسم منها: يصح ويبطل الاستثناء، وقسم منها: يصح ويصح الاستثناء.

أما الأول: فهو البيع والإجارة والكتابة والرهن، لأن الاستثناء لما في البطن بمنزلة شرط فاسد، وهذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة.

وأما القسم الثاني: فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء، ويدخل الأم والولد جميعاً في العقد، لأن الشرط الفاسد وهو الاستثناء فيها إذا لم يصح التحق بالعدم فصار كأنه لم يستثن، وكذا العتق بأن أعتق جارية واستثنى ما في بطنها أنه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى / يعتق الأم والولد جميعاً لما قلنا. [أ/١٨٨/ج]

وأما القسم الثالث: فالوصية بأن أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها لأنه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد أبقى ما في بطنها ميراثاً لورثته، والميراث يجري فيما في البطن، وهذا بخلاف ما إذا أوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلتها لورثته أنه تصح الوصية ويبطل الاستثناء، لأن الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الأصل.

ألا ترى أنه لو أوصى بخدمتها وغلتها لإنسان ومات الموصي، ثم مات الموصَى لَه بعد القبول لا تصير الغلّة والخدمة ميراثاً لورثة الموصى له، بل تعود إلى ورثة الموصي وبمثله لو أوصى بما في بطن جاريته لإنسان، والمسألة بحالها فإن الولد يصير ميراثاً لورثة الموصى له، وما افترقا إلا لما ذكرنا، والله عز وجل أعلم.

وإن كانت القرينة منفعة بأن قال: داري لك سكنى أو عمرى سكنى أو صدقة سكنى أو هبة سكنى أو سكنى هبة، أو هي لك عمرى عارية ودفعها إليه فهذا كله عارية، لأنه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى أو عمري سكنى أو صدقة سكنى دل على أنه أراد تمليك المنافع، لأن قوله: هذا لك ظاهرة وإن كان لتملك العين لكنه يحتمل تمليك المنفعة، لأن الإضافة إلى المستعير والمستأجر منفعة عرفاً وشرعاً.

وقوله: سكنى موضوع للمنفعة لا تستعمل إلا لها فكان محكماً، فجعل تفسيراً للمحتمل وبياناً أنه أراد به تمليك المنفعة، وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية، وكذا قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسيراً للهبة، لأن قوله: هبة يحتمل هبة العين ويحتمل هبة المنافع، فإذا قال: سكنى فقد عين هبة المنافع فكان بياناً لمراد المتكلم أنه أراد هبة المنافع، وهبة المنفعة تمليكها من غير عوض وهو معنى العارية.

وإذا قال: سكنى هبة فمعناها أن سكنى الدار هبة لك فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية.

ولو قال: هي لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها أو صدقة تسكنها ودفعها إليه فهو هبة لأنه ما فسر الهبة بالسكنى لأنه لم يجعله نعتاً فيكون بياناً للمحتمل بل وهب الدار منه ثم شاوره فيما يعمل بملكه، والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين.

وقوله: تسكنها بمنزلة قوله: لتسكنها، كما إذا قال: وهبتها لك لتؤاجرها، ولو قال: هي لك تسكنها كانت هبة أيضاً، لأن الإضافة بحرف اللام إلى من هو أهل الملك للتمليك، وقوله: تسكنها مشورة على ما بينا.

فصل: وأما الشرائط فأنواع، بعضها يرجع إلى نفس الركن، وبعضها يرجع إلى الواهب، وبعضها يرجع إلى الموهوب، وبعضها يرجع إلى الموهوب له.

أما الأول: فهو أن لا يكون معلقاً بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد والرقبى ونحو ذلك، ولا مضافاً إلى وقت بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غداً أو رأس شهر كذا، لأن الهبة تمليك العين للحال وإنه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع.

وأما ما يرجع إلى الواهب فهو: أن يكون ممن يملك التبرع لأن الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع، فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لأنهما لا يملكان التبرع لكونه ضرراً محضاً لا يقابله نفع دنيوي، فلا يملكها الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق. وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف لأن المتبرع بمال الصغير قربان ماله لا على وجه الأحسن ولأنه لا يقابله نفه دنيوي، وقد قال الله تعالى عز شأنه: ﴿**ولا تَقْرَبُوا مالَ اليتيم إلا بالتي هي أحسن**﴾[1] ولأنه إذا لم يقابله عوض دنيوي كان التبرع ضرراً محضاً وترك المرحمة في حق الصغير فلا يدخل تحت ولاية الولي لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا ضرَر ولا إضرَارَ في الإسلام**»[2] وقوله عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ لا يَرحم صغيرنا فلَيس مِنّا**»[3] ولهذا لم يملك طلاق امرأته وإعتاق عبده وسائر التصرفات/ الضارة المحضة. [ب/١٨٨/ج]

وإن شرط الأب العوض لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله: يجوز وعلى هذا هبة المكاتب والمأذون أنه لا يجوز عندهما، سواء كان بعوض أو بغير عوض، وعنده: يجوز بشرط العوض. والأصل عندهما: أن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض.

والأصل عنده: أن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض.

وجه قول محمد: أن الهبة تمليك فإذا شرط فيها العوض كانت تمليكاً بعوض وهذا تفسير البيع، وإنما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلافها بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك.

ولهما: أن الهبة بشرط العوض تقع تبرعاً ابتداءً ثم تصير بيعاً في الانتهاء، بدليل أنها تفيد الملك قبل القبض، ولو وقعت بيعاً من حين وجودها لما توقف الملك فيه على القبض، لأن البيع يفيد الملك بنفسه دل

---

(١) سورة الأنعام، الآية: (١٥٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤٠) وأحمد (٥/٣٢٦ ـ ٣٢٧). وأحمد (١/٣١٣) والطبراني في «الكبير» (٣/١٣٦/١). والدارقطني (٤/٢٢٢ ـ ٢٢٨) والحاكم (٢/٥٧ ـ ٥٨). والبيهقي (٦/٦٩) ومالك في «الموطأ» (٢/٨٠٥). وأبو داود (٣٦٣٥) والترمذي (١/٣٥٢).

(٣) أخرجه ابن حبان (٢/٤٥٨) «البزار» (١٩٥٦).
والترمذي (٣٤٥٢) و «مسند الشهاب» (١٢٠٣) وأحمد (١/٣٥٧) و (٥/٣٢٣).

أنها وقعت تبرعاً ابتداءً وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة حين وجودها فلا يتصور أن تصير بيعاً بعد ذلك.

وأما ما يرجع إلى الموهوب فأنواع:

منها: أن يكون موجوداً وقت الهبة فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بأن وهب ما يثمر نخلة العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية.

والفرق: أن الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال، والوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والإضافة لا تمنع جوازها. وكذلك لو وهب ما في بطن هذه الجارية، أو ما في بطن هذه الشاة أو ما في ضرعها لا يجوز، وإن سلطه على القبض عند الولادة والحلب لأنه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم، لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل، وقد يكون لداء في البطن وغيره، وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن، وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه بالإضافة إلى ما بعد زمان الحدوث، لأن التمليك بالهبة مما لا يحتمل الإضافة إلى الوقت فبطل، ولهذا لايجوز بيعه، بخلاف ما إذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض أنه يصح استحساناً لأنه أمكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجوداً مملوكاً للحال مقدور القبض بطريقه على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

وكذلك لو وهب زيداً في لبن أو دهناً في سمسم أو دقيقاً في حنطة لا يجوز، وإن سلطه على قبضه عند حدوثه لأنه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل إلى الإضافة إلى وقت الحدوث فبطل أصلاً، بخلاف ما إذا وهب صوفاً على ظهر الغنم وجزّه وسلمه أنه يجوز، لأن الموهوب موجود مملوك للحال إلا أنه لم ينفذ للحال لمانع، وهو كون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب، فإذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقصاً مشاعاً ثم قسمه وسلمه.

ومنها: أن يكون مالاً متقوماً فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام والخنزير وغير ذلك على ما ذكرنا في البيوع، ولا هبة ما ليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لكونهم أحراراً من وجه، ولهذا لم يجز بيع هؤلاء، ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر، ولهذا لم يجز بيعها.

ومنها: أن يكون مملوكاً في نفسه فلا تجوز هبة المباحات، لأن الهبة تمليك، وتمليك ما ليس بمملوك محال.

ومنها: أن يكون مملوكاً للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك، وإن شئت رددت هذا الشرط إلى الواهب، وكل ذلك صحيح لأن المالك والمملوك من الأسماء الإضافية والعلقة التي تدور عليها الإضافة هي الملك فيجوز رد هذا الشرط إلى الموهوب، ويجوز رده إلى الواهب في صناعة الترتيب فافهم، وسواء كان المملوك عيناً أو ديناً فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياساً واستحساناً.

وأما هبة الدين لغير من عليه الدين فجائز أيضاً إذا أذن له بالقبض وقبضه استحساناً، والقياس: أن لا يجوز وإن أذن له بالقبض.

[١٨٩/أ/ج] وجه القياس: أن القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل/ القبض، بخلاف ما إذا وهب لمن عليه لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة.

وجه الاستحسان: أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض، ألا ترى أن المديون يجبر على تسليمه، إلا أن قبضه بقبض العين، فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة إلا أنه لا بد من الإذن بالقبض صريحاً ولا يكتفي فيه بالقبض بحضرة الواهب، بخلاف هبة العين لما نذكره في موضعه.

ومنها: أن يكون محوزاً فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم، وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدن ونحوها، وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله: ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده، واحتج بظاهر قوله عز وجل: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضتم إلا أَنْ يَعْفُونَ﴾[1] أوجب سبحانه وتعالى نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول إلا أن يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة. وبما روي أن رسول الله ﷺ: «أنه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الغزوات فقام عليه الصلاة والسلام إلى سنام بعير وأخذ منه وبرة ثم قال: أما إني لا يحل لي مِنْ غنيمتكُمْ ولو بمثل هَذه الوَبَرة إلا الخُمُسْ والخُمُس مَردودٌ فيكُمْ رُدوا الخيطَ والمَخيط فإنَّ الغَلول عارٌ وشَنارٌ على صاحبِهِ إلى يوم القِيَامَة فجاء أعرابي بكبة مِنْ شَعر فقال: أخذتها لأصلح بها بردعةَ بعيري يا رسول الله فقال: أما نصيبي فهوَ لَكَ وسأُسلمكَ الباقي»[2] وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروي «أن رسول الله ﷺ نزل على أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه فنظرَ إلى مَوضع المسجدِ فوجدَه بينَ أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومِهِ فاستباع أسعدُ نصيبهما ليهبَ الكُلَ مِنْ رسول الله ﷺ فأَبيا ذَلِكَ فوهبَ أسعد نصيبه مِنَ النبي عليه الصلاة والسلام فوهبا أيضاً نصيبهما من رسول الله ﷺ فقد قبل النبي عليه الصلاة والسلام الهبة في نصيب أسعد وقبل في نَصيبِ الرَّجلين أيضاً»[3] ولو لم يكن جائزاً لما قبل، لأن أدنى حال فعل النبي عليه الصلاة والسلام الجواز، ولأن الشياع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لأن حكم الهبة الملك والشياع لا يمنع الملك.

ألا ترى أنه يجوز بيع المشاع، وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع القبض لأنه يحصل قابضاً للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم، وإن كان القبض فيها شرطاً لثبوت الملك. كذا هذا.

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي أن سيدنا أبا بكر رضي الله عنه قال في مرض موته

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٧).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٤) وأبو داود في «السنن» (٣/ ١٤٢) كتاب الجهاد باب فداء الأسير بالمال رقم (٢٦٩٤) والنسائي في «المجتبى» (٦/ ٢٦٤) كتاب الهبة باب هبة المشاع.

(٣) و «يا بني النجار ثامنوني على حافظكم هذا» قالوا: لا والله لا نطلب به ثمناً إلا إلى الله.
أخرجه أحمد (٣/ ٢١١ ـ ٢١٢) والبخاري في الصلاة باب هل تنبش قبور مشركي الجاهلية ليتخذ مكانها مساجد رقم (٤٢٨)، ومسلم في المساجد باب ابتناء مسجد النبي ﷺ (٥٢٤) وأبو داود في الصلاة (٤٥٣) باب في بناء المساجد والنسائي في المساجد (٧٠٣) باب نبش القبور واتخاذ أرضها مسجداً.

لسيدتنا عائشة رضي الله عنها: «إنَّ أحبَّ النَّاس إليّ غِنىً أنتِ وأعزّهم عليَّ فقراً أنْتِ، وإنّي كُنْتُ نحلتك جداد عشرينَ وسقاً مِنْ مَالي بالعَالية وإنّكِ لم تكوني قبضتيهِ وَلا جذيتيهِ، وإنّما هُوَ اليوم مال الوارث»[١].

اعتبر سيدنا الصديق رضي الله عنه القبض والقيمة في الهبة لثبوت الملك، لأن الحيازة في اللغة جمع الشيء المفرق في حيز، وهذا معنى القسمة لأن الأنصباء الشائعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة تجمع كل نصيب في حيز.

وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه قال: «ما بالُ أحدِكُمْ ينحلُ وَلَدَهُ نَحْلاً لا يَحوزُهَا ولا يَقْسِمُها، ويقولُ: إنْ مِتُّ فهو لَهُ، وإنْ مَاتَ رجعتْ إليَّ وأيمُ اللَّهِ لا ينحلُ أحدُكُمْ ولدَهُ نحلى لا يجوزها ولا يَقسمها فيموتُ إلا جَعْلتُها ميراثاً لِورثَتِهِ»[٢] والمراد من الحيازة القبض هنا، لأنه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يؤدي إلى التكرار، أخرج الهبة من أن تكون موجبة للملك بدون القبض والقسمة.

وروي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: «مَنْ وَهَبَ ثُلثَ كَذا أو رُبُعَ كَذَا لا يجوزُ مَا لَمْ يُقَاسِمْ» وكل ذلك بمحضر من أصحاب رسول الله ﷺ ولم ينقل أنه أنكر عليهم منكر فيكون إجماعاً. ولأن القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من/ القبض، لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، [ب/١٨٩/ج] والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور، فإن سكنى نصف الدار شائعاً، ولبس نصف الثوب شائعاً محال ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لأن العقد لم يتناول الكل.

وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم أن معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا إلا أن هناك ضرورة لأنه يحتاج إلى هبة بعضه، ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف، ولا سبيل إلى إزالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة إلى الجواز، وإقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف، ولا ضرورة هنا لأن المحل محتمل للقسمة فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن بالقسمة. أو نقول الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القبض المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة دون المعنى على ما بينا، إلا أنه اكتفي بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا، ولا ضرورة هنا فلزم اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع، ولأن الهبة عقد تبرع فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار عقد ضمان، لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان القسمة فيؤدي إلى تغيير المشروع، ولهذا توقف الملك في الهبة على القبض، لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم فيؤدي إلى إيجاب الضمان في عقد التبرع وفيه تغيير المشروع، كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة، لأن هناك لا يتصور إيجاب الضمان على المتبرع لأن الضمان ضمان القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق.

وأما الآية فلا حجة له فيها، لأن المراد من المفروض الدين لا العين. ألا ترى أنه قال: ﴿إلا أَنْ

(١) تقدم.
(٢) تقدم.

يَعْفُونَ﴾[١] والعفو إسقاط، وإسقاط الأعيان لا يعقل وكذا الغالب في المهر أن يكون ديناً، وهبة الدين ممن عليه الدين جائز لأنه إسقاط الدين عنه وإنه جائز في المشاع.

وأما حديث الكبة فيحتمل: «أن النبي ﷺ **وهبَ نصيبه منهُ واستوهب البقية من أصحاب الحقوق فوهبوا وسلّموا الكُلّ جملةً**»، وفي الحديث ما يدل عليه فإنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**وَسَأُسَلِمُكَ البَاقِي**»[٢] وما كان هو عليه الصلاة والسلام ليخلف في وعده، وهبة المشاع على هذا السبيل جائزة عندنا على أن ذلك كان هبة مشاع لا ينقسم من حيث المعنى لأن كبة واحدة لو قسمت على الجم الغفير لا يصيب كلاً منهم إلا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم.

وأما حديث أسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل أنه وهب نصيبه وشريكاه وهبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة[٣]، وهذا جائز عندنا ويحتمل أن الأنصباء كانت مقسومة مفرزة، ويجوز أن يقال في مثل هذا بينهم إذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة أنها تضاف إليهم، وإن كانت أنصباؤهم مقسومة واحتمل بخلافه فلا يكون حجة مع الاحتمال، لأن حكاية الحال لا عموم له. ولو قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له جاز، لأن هبة المشاع عندنا منعقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح، إذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك ولا سائر الشرائط إلا القبض الممكن من التصرف، فإذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ، وحديث الصديق رضي الله عنه لا يدل عليه، فإنه قال لسيدتنا عائشة رضي الله عنها: «إنّي كُنْتُ نَحلتُكِ جداد عشرينَ وَسْقاً مِنْ مَالِي»[٤] وكان ذلك هبة المشاع فيما ينقسم لأن النحل من ألفاظ الهبة، ولو لم ينعقد لما فعله الصديق رضي الله عنه لأنه ما كان ليعقد عقداً باطلاً، فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض، وهو عين مذهبنا، والله أعلم.

[١٩٠/أ/ج] وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم إليه، ثم وهب منه النصف الآخر وسلم إليه/ جملة جاز لما قلنا.

ولو وهب منه نصف الدار وسلم إليه بتخلية الكل، ثم وهب منه النصف الآخر وسلم لم تجز الهبة، لأن كل واحد منهما هبة المشاع، وهبة المشاع فيما يقسم لا تنفذ إلا بالقسمة والتسليم، ويستوي فيه الجواب في هبة المشاع بين أن يكون من أجنبي أو شركة شريكه، كل ذلك يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة من غير فصل، ولأن المانع هو الشياع عند القبض وقد وجد، وعلى هذا الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم أنه لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله.

وجه قوله: أن الشِّياع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض، ولا يمنع جوازه كالمفروض.

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٧).
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.
(٤) تقدم.

ولنا: أن القبض شرط جواز الصدقة، ومعنى القبض لا يتحقق في الشائع أو لا يتكامل فيه لما بينا في الهبة. ولأن التصدق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشروع على ما بينا في الهبة.

ولو وهب شيئاً ينقسم من رجلين كالدار والدراهم والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند أبي حنيفة وجاز عند أبي يوسف ومحمد، وأجمعوا على أنه لو وهب رجلان من واحد شيئاً ينقسم وقبضه أنه يجوز، فأبو حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعاً، فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشياع وقت القبض، وهما جوزاها لأنه لم يوجد الشياع في الحالين بل وجد أحدهما دون الآخر، وجوزوا هبة الاثنين من واحد.

أما أبو حنيفة رحمه الله فلعدم الشيوع في وقت القبض، وأما هما فلانعدامه في الحالين لأنه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض.

ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو أن هبة الدار من رجلين تمليك كل الدار جملة أو تمليك من أحدهما والنصف من الآخر فعند أبي حنيفة تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر فيكون هبة المشاع فيما ينقسم كأنه أفرد تمليك كل نصف من كل واحد منهما بعقد على حدة، وعندهما هي تمليك الكل منهما لا تمليك النصف من هذا والنصف من ذلك فلا يكون تمليك الشائع فيجوز.

وجه قولهما: أن العمل بموجب الصيغة هو الأصل، وذلك فيما قلنا، لأن قوله: وهبت هذه الدار كلها هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من أحدهما والنصف من الآخر، لأن ذلك توزيع وتفريق واللفظ لا يدل عليه، ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة إلا لضرورة الصحة، وفي العدول عن ظاهر الصيغة ههنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تمليك الكل منهما وموجب التمليك منها ثبوت الملك لهما في الكل، وإنما يثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما في الاستحقاق، إذ ليس كل واحد منهما أولى من الآخرة لدخول كل واحد منهما في العقد على السواء كالأخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة إن الميراث يكون بينهما نصفين، وإن كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال، حتى لو انفرد أحدهما يستحق كل المال، وإذا جاءت المزاحمة مع المساواة في الاستحقاق يثبت عند انقسام الميراث في النصف. وكذا الشفيعان يثبت لكل واحد منهما أخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاحمة والاستواء في الاستحقاق، وإن كان السبب في حق كل واحد منهما صالحاً لإثبات حق الشفعة في الكل، حتى لو سلم أحدهما يكون الكل للآخر. وعلى هذا مسائل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل، لهذا جاز الرهن من رجلين فكان ذلك رهناً من كل واحد منهما على الكمال، إذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لما جاز، لأنه يكون رهن المشاع، لهذا لو قضى الراهن دين أحدهما كان للآخر حبس الكل دل أن ذلك رهن الكل من كل واحد منهما/ ، كذا هذا. [ب/ ١٩٠/ج]

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن هذا تمليك مضاف إلى الشائع فلا يجوز كما إذا ملك نصف الدار

من أحدهما والنصف من الآخر بعقد على حدة. والدليل على أن هذا تمليك مضاف إلى الشائع، أن قوله: وهبت هذه الدار منكما إما أن يكون تمليك كل الدار من كل واحد منهما، وإما أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر. لا سبيل إلى الأول، لأن الدار الواحدة يستحيل أن تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال، والمحال لا يكون موجب العقد فتعين الثاني وهو أن يكون تمليك النصف من أحدهما والنصف من الآخر، لهذا لم يملك كل منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها.

ولو كان كل الدار مملوكاً لكل واحد منهما لملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالتهايؤ أو بالقسمة، وهذا آية ثبوت الملك له في النصف. وإذا كان هذا تمليك الدار لهما على التناصف كان تمليكاً مضافاً إلى الشائع كأنه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يؤثر في القبض الممكن من التصرف على ما مر، وقد خرج الجواب عن قولهما: إن موجب الصيغة ثبوت الملك في كلّ الدّار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا أن هذا محال والمحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد بعقده يقصد أمراً محالاً أيضاً فكان موجب العقد التمليك منهما على التناصف، لأن هذا تمليك الدار منهما فكان عملاً بموجب الصيغة من غير إحالة فكان أولى، بخلاف الرهن فإن الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لأن الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بأن يحبساه معاً أو يضعاه جميعاً على يدي عدل فتكون الدار محبوسة كلها عند كل واحد منهما، وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق وعند أبي حنيفة رحمه الله: إذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم إلى كل واحد منهما جاز، لأن المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال. هذا إذا وهب من رجلين شيئاً مما يقسم، فإن كان مما لا يقسم جاز بالإجماع لما ذكرنا فيما تقدم. ثم على أصلهما إذا قال لرجلين: وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز، لأن قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسيراً للحكم الثابت بالعقد، إذ لا يمكن جعله تفسيراً لنفس العقد، لأن العقد وقع تمليك الدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسيراً لحكمه فلا يوجب ذلك إشاعة في العقد.

ولو قال: وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز لأن الشيوع دخل على نفس العقد فمنع الجواز.

ولو قال: وهبت لكما هذه الدار ثلثها لهذا وثلثاها لهذا لم يجز عند أبي يوسف، وجاز عند محمد.

وجه قوله محمد: أن العقد متى جاز لاثنين يستوي فيه التساوي والتفاضل كعقد البيع.

وجه قول أبي يوسف: أن الجواز عند التساوي بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعاً في العقد، ولما فضل أحد النصيبين عن الآخر تعذر جعله تفسيراً، لأن مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل أحد النصيبين في معنى إفراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يؤثر في الهبة ولا يؤثر في البيع.

ولو رهن من رجلين لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه، أو نصفه لهذا ونصفه لذلك على التفاضل والتناصف لا يجوز بالإجماع، بخلاف ما إذا أبهم بأن قال: وهبت منكما أنه يجوز.

ولو وهب من فقيرين شيئاً ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصدق عليهما لأن الهبة من الفقير صدقة لأنه يبتغي بها وجه الله تعالى، وسنذكر حكمها إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون الثمر والثمر دون الشجر، والأرض دون الزرع والزرع دون الأرض إنها غير جائزة، لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبة المشاع، ولو فضل وسلم جاز كما في هبة المشاع، ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فإن كانا غنيين لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما، لأن التصدق على الغني ميتة في الحقيقة، والهبة من اثنين لا تجوز وعندهما جائز، وإن كانا فقيرين فعندهما تجوز كما تجوز في الهبة من رجلين،/ وعن أبي حنفة رحمه الله فيه روايتان في كتاب الهبة [أ/١٩١/ج] لا يجوز، وفي «**الجامع الصغير**» يجوز.

وجه رواية كتاب الهبة: أن الشياع كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ما ذكرنا فيما تقدم، وههنا يتحقق الشيوع في القبض.

وجه رواية «**الجامع**» وهي الصحيحة: أن معنى الشيوع في القبض لا يتحقق في الصدقة على فقيرين، لأن المتصدق يتقرب بالصدقة إلى الله عز وجل، ثم الفقير يقبض من الله تعالى، قال الله تبارك وتعالى: ﴿**أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ**﴾[1]، وقال عليه الصلاة والسلام: «**الصدقة تقعُ فِي يدِ الرَّحمَنِ قَبْلَ أَنْ تَقَعَ فِي يَدِ الفَقِيرِ**»[2] والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع، كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل بقبضها وكيلين، بخلاف التصدق على غنيين، لأن الصدقة على الغني يبتغى بها وجه الغني فكانت هدية لا صدقة، قال عليه الصلاة والسلام: «**الصدّقة يبتغى بها وجه الله تعالى والدّار الآخرةُ، والهدية يبتغى بها وجهُ الرسولِ**»، وقضاء الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع في القبض وأنه مانع من الجواز عنده. ومنها القبض وهو أن يكون الموهوب مقبوضاً، وإن شئت رددت هذا الشرط إلى الموهوب له، لأن القابض والمقبوض من الأسماء الإضافية والعلقة التي تدور عليها الإضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده إلى كل واحد منهما في صناعة الترتيب فتأمل.

والكلام في هذا الشرط في موضعين: في بيان أصل القبض أنه شرط أم لا، وفي بيان شرائط صحة القبض.

أما الأول: فقد اختلف فيه، قال عامة العلماء: شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء.

وقال مالك رحمه الله: ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض.

---

(١) سورة التوبة، الآية: (١٠٤).

(٢) أخرجه أحمد في «**المسند**» (٢/٥٣٨).
والبخاري في «**صحيحه**» في الزكاة، باب الصدقة من الكسب الطيب برقم (١٤١٠).
ومسلم في «**صحيحه**» في الزكاة، باب قبول الصدقة من الكسب الطيب برقم (١٠١٤). والترمذي في «**جامعه**» في الزكاة، باب ما جاء في فضل الصدقة (٦٦١).
والنسائي في «**المجتبى**» (٥/٥٧) في الزكاة، باب الصدقة من غلول.
وابن ماجه في «**سننه**» في الزكاة.
باب فضل الصدقة برقم (١٨٤٢).

وجه قوله: أن هذا عقد تبرع بتمليك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية. ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ما روينا أن سيدنا أبا بكر، وسيدنا عمر رضي الله عنهما اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحلى بحضرة الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر فيكون إجماعاً.

وروي عن سيدنا أبي بكر، وسيدنا عمر، وسيدنا عثمان، وسيدنا علي وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة، ولم يرد عن غيرهم خلافه، ولأنها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان، وهذا تغيير المشروع، بخلاف الوصية لأنه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها، إذ لا مطالبة قبل المتبرع وهو الموصي لأنه ميت، وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء.

وقال ابن أبي ليلى وغيره من أهل الكوفة: ليس بشرط وتجوز الصدقة إذا أعلمت وإن لم تقبض، ولا تجوز الهبة ولا النحلى إلا مقبوضة، واحتجوا بما روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما قالا: إذا أعلمت الصدقة جازت من غير شرط القبض.

ولنا: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: خبراً عن الله سبحانه وتعالى: «يَا ابنَ آدم تقولُ مَالي مالي وليسَ لك مِنْ مَالِكَ إلا مَا أكلت فأفنيتَ أَو لبست فأبليتَ أو تصدقتَ فَأَبقيت»[1]، اعتبر الله سبحانه وتعالى الإمضاء في الصدقة، والإمضاء هو التسليم دل أنه شرط.

وروي عن سيدنا أبي بكر، وسيدنا عمر، وابن عباس، ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أنهم قالوا: لا تتم الصدقة إلا بالقبض، ولأن التصدق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة.

وما روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما محمول على صدقة الأب على ابنه الصغير، وبه نقول لا حاجة هناك إلى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض.

والثاني: شرائط صحة القبض فأنواع:

منها: أن يكون القبض بإذن المالك، لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع، حتى لو قبض المشتري من غير إذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق/ الاسترداد فلأن يكون في الهبة أولى، لأن [ب/١٩١/ج] البيع يصح بدون القبض والهبة لا صحة لها بدون القبض، فلما كان الإذن بالقبض شرطاً لصحته فيما لا يتوقف صحته على القبض فلأن يكون شرطاً فيما يتوقف صحته على القبض أولى، ولأن القبض في باب الهبة يشبه الركن، وإن لم يكن ركناً على الحقيقة فيشبه القبول في باب البيع، ولا يجوز القبول من غير إذن البائع ورضاه فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضاً، والإذن نوعان: صريح ودلالة.

---

(١) أخرجه مسلم في «صحيحه» كتاب الزهد والرقائق رقم (٢٩٥٨).
وأحمد في «المسند» (٤/ ٢٤) والترمذي في «السنن» كتاب الزهد رقم (٢٣٤٢). وفي كتاب التفسير باب ومن سورة التكاثر (٣٣٥٤).
والنسائي في «السنن» كتاب الوصايا باب الكراهية في تأخير الوصية (٦/ ٢٣٨).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٤/ ٦١). وابن حبان في «صحيحه» كتاب الرقائق باب الفقر والزهد والقناعة (٧٠١).

أما الصريح فنحو أن يقول: اقبض أو أذنت لك بالقبض أو رضيت، وما يجري هذا المجرى فيجوز قبضه، سواء قبضه بحضرة الواهب أو بغير حضرته استحساناً.

والقياس: أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس. وهو قول زفر رحمه الله، لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول على أحد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وإن كان بإذن الواهب كالقبول في باب البيع.

وجه الاستحسان: ما روي: «**أن رسول الله ﷺ حمل إليه ست بدنات فجعلن يزدلفن إليه، فقامَ عليهِ الصّلاة والسلام فنحرهن بيده الشريفة وقال: من شاء فليقطع وانصرف**»[1] فقد أذن لهم رسول الله ﷺ بالقبض بعد الافتراق حيث أذن لهم بالقطع. فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق. ولأن الإذن بقبض الواهب صريحاً بمنزلة إذن البائع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق. كذا هذا.

وأما الدلالة فهي أن يقبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه استحساناً.

والقياس: أن لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق. وهو قول زفر وقد ذكرنا القياس والاستحسان في «**الزيادات**».

ولو قبض المشتري المبيع بيعاً جائزاً بحضرة البائع قبل نقد الثمن/ لم يجز قبضه قياساً واستحساناً حتى [أ/١٩٢/ج] كان له أن يسترد، وفي البيع الفاسد اختلاف روايتي الكرخي والطحاوي رحمهما الله ذكرناهما في البيوع.

وجه القياس: أن القبض ركن في الهبة كالقبول فيها فلا يجوز من غير إذن كالقبول من باب البيع.

وجه الاستحسان: أن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الإقدام على إيجاب الهبة إذن بالقبض لأنه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك إلا بالقبض فكان الإقدام على الإيجاب إذناً بالقبض دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصاً، بخلاف ما بعد الافتراق، لأن الإقدام دلالة الإذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق، ولأن للقبض في باب الهبة شبهاً بالركن فيشبه القبول في باب البيع، وإيجاب البيع يكون إذناً بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا إيجاب الهبة يكون إذناً بالقبض لا بعد الافتراق.

ولو وهب شيئاً متصلاً بغيره مما لا تقع عليه الهبة كالثمر المعلق على الشجر دون الشجر أو الشجر دون الأرض أو حلية السيف دون السيف أو القفيز من الصبرة أو الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه إلا بالفصل والقبض ففصل وقبض.

فإن قبض بغير إذن الواهب لم يجز القبض، سواء كان الفصل والقبض بحضرة الواهب أو بغير حضرته، ولأن الجواز في المنفصل عند حضرة الواهب للإذن الثابت دلالة الإيجاب ولم يوجد ههنا، لأن الإيجاب لم يقع صحيحاً حين وجوده فلا يصح الاستدلال على الإذن بالقبض، وإن قبض بإذنه يجوز

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ٣٥٠) وأبو داود في «السنن» كتاب المناسك باب في الهدي إذا عطب قبل أن يبلغ (١٧٦٥).
والنسائي في «الكبرى» كما في «تحفة الأشراف» رقم (١٩٧٧).
والبيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الحج باب ترك الأكل والتخلية بينها وبين الناس (٥/ ٢٤١).

استحساناً والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر بناءً على أن العقد إذا وقع فاسداً من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جائزاً، وعندنا يحتمل الجواز بإسقاط المفسد مقصوراً على الحال أو من حين وجود العقد بطريق البيان على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيع. وكذلك إذا وهب ديناً له على إنسان لآخر إنه إن قبض الموهوب له بإذن الواهب صريحاً جاز قبضه استحساناً، والقياس أن لا يجوز، وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فيما تقدم، وإن قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياساً واستحساناً، فرق بين العين والدين.

ووجه الفرق: أن الجواز في هبة العين عند عدم التصريح بالإذن لكون الإيجاب فيها دلالة الإذن بالقبض لكون دلالة قصده تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وإيجاب الهبة في الدين لغير من عليه الدين لا تصح دلالة الإذن بقبضه، لأن دلالته بواسطة دلالة قصد التمليك، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض، لأنه إذا أذن له بالقبض صريحاً قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير بقبض العين قابضاً للواهب أولاً ويصير المقبوض ملكاً له أولاً ثم يصير قابضاً لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي ذكرنا واهباً ملك نفسه والموهوب له قابضاً ملك الواهب فصحت الهبة والقبض، وإذا لم يصرح بالإذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك من عليه فلم تصح الهبة فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين الفصلين.

ومنها: أن لا يكون الموهوب مشغولاً بما ليس بموهوب، لأن معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب داراً فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع فإنه لا يجوز لأن الفراغ شرط صحة التسليم والقبض ولم يوجد، قيل: الحيلة في صحة التسليم أن يودع الواهب المتاع عند الموهوب له أولاً ويخلي بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار إليه فتجوز الهبة فيها لأنها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له، وفي هذه الحيلة إشكال، وهو أن يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فتمنع صحة التسليم.

ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغاً جاز وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد، لأن المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع. ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة، لأن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار.

ولو جمع في الهبة بين المتاع وبين الدار الذي فيها فوهبهما جميعاً صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعاً لأن التسليم قد صح فيهما جميعاً فإن فرق بينهما في الهبة بأن وهب أحدهما ثم وهب الآخر فهذا لا يخلو إما إن جمع بينهما في التسليم وإما إن فرق، فإن جمع جازت الهبة فيهما جميعاً، وإن فرق بأن وهب أحدهما وسلم ثم وهب الآخر وسلم نظر في ذلك وروعي فيه الترتيب إن قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز لأنها مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه. ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعاً.

أما في المتاع فلأنه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه، وأما في الدار فلأنها وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب فلا يمنع صحة القبض. وعلى هذا الأصل أيضاً يخرج ما إذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها أو حيواناً واستثنى ما في بطنه أنه لا يجوز، لأنه لو جاز لكان ذلك هبة ما هو مشغول بغيره وإنها غير جائزة لأنه لا جواز لها بدون القبض. وكون الموهوب مشغولاً بغيره يمنع صحة القبض.

ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الأم يجوز، وذكر في العتاق أنه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز، منهم من قال في المسألة روايتان: وجه رواية عدم الجواز أن الموهوب مشغول بما ليس بموهوب فأشبه هبة دار فيها متاع الواهب.

وجه رواية الجواز وهي رواية الكرخي: إن حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد، لأن حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله إياه ظاهراً، وهذا معنى الاستثناء ولو استثناه لفظاً جازت الهبة في الأم فكذا إذا كان مستثنى في المعنى، ومنهم من قال: في المسألة رواية واحدة وفرق بين الإعتاق والتدبير/ . [ب/١٩٢/ج]

ووجه الفرق: أن المدبر مال المولى فإذا وهب الأم فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم يجز، كهبة دار فيها متاع الواهب. وأما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب داراً فيها حر جالس وذا لا يمنع جواز الهبة، كذا هذا. ومنها أن لا يكون الموهوب متصلاً بما ليس بموهوب اتصال الأجزاء، لأن قبض الموهوب وحده لا يتصور، وغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع، وعلى هذا يخرج ما إذا وهب أرضاً فيها زرع دون الزرع أو شجراً عليها ثمر دون الثمر أو وهب الزرع دون الأرض أو الثمر دون الشجر وخلى بينه وبين الموهوب له أنه لا يجوز، لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فمنع صحة القبض.

ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلمه فارغاً جاز، لأن المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال.

ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعاً وسلم متفرقاً جاز، ولو فرق بينهما في الهبة فوهب كل واحد منهما بعقد على حدة بأن وهب الأرض ثم الزرع أو الزرع ثم الأرض فإن جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما جميعاً وإن فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعاً، قدم أو أخر سواء بخلاف الفصل الأول، لأن المانع من صحة القبض هنا الاتصال وإنه لا يختلف، والمانع هناك الشغل وإنه يختلف، نظير هذا ما إذا وهب نصف الدار مشاعاً من رجل ولم يسلم إليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل أنه يجوز.

ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز، كذا هذا وعلى هذا يخرج ما إذا وهب صوفاً على ظهر غنم إنه لا يجوز لأن الموهوب متصل بما ليس بموهوب، وهذا يمنع صحة القبض، ولو جزه وسلمه جاز لزوال المانع والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا إذا وهب دابة وعليها حمل بدون الحمل لا تجوز، ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغاً جاز لما قلنا، بخلاف هبة ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها أو هبة سمن في لبن أو دهن في سمسم أو زيت في زيتون أو دقيق في حنطة أنه يبطل.

وإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك لأن الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوماً لهذا لم يجز بيعها فلا تجوز هبتها، وهنا بخلافه على ما تقدم.

ومنها: أهلية القبض وهي العقل فلا يجوز قبض المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له، والقياس أن يكون شرطاً، ولا يجوز قبض الصبي وإن كان عاقلاً. وجه القياس أن القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع.

وجه الاستحسان: أن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملك وليه ومن هو في عياله، وكذا الصبية إذا عقلت جاز قبضها لما قلنا. وكذلك الحرية ليست بشرط فيجوز قبض العبد المحجور عليه إذا وهب له هبة، ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على العبد دين أو لا فالقبض إلى العبد والملك للمولى في المقبوض لأن القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض إليه، ولأن الأصل في بني آدم الحرية. والرق لعارض فكان الأصل فيهم إطلاق التصرف لهم والانحجار لعارض الرق عن التصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقي فيه على أصل الحرية والمقبوض كسب العبد، وكسب العبد القن للمولى، وكذلك المكاتب إذا وهب له هبة فالقبض إليه ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن، فإذا قبض المكاتب فهو أحق به فلا يملكه المولى، لأن الهبة كسبه والمكاتب أحق باكتسابه، ومنها الولاية في أحد نوعي القبض وجملة الكلام فيه أن القبض نوعان: قبض بطريق الأصالة وقبض بطريق النيابة.

أما القبض بطريق الأصالة فهو أن يقبض بنفسه لنفسه وشرط جوازه العقل فقط على ما بينا.

[١/١٩٣/ج] وأما القبض بطريق النيابة، فالنيابة في القبض نوعان: نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس/ القبض.

أما الأول: الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي، وشرط جوازه الولاية بالحجر والعيلة عند عدم الولاية، فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده ثم جده أبو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصي جده بعده، سواء كان الصبي في عيال هؤلاء أو لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم، لأن لهؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له. وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كما في ولاية الإنكاح، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم منه كالأخ والعم والأم ونحوهم أو أجنبياً لأنه ليس لغير هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي، فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم، فإن لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً، والقياس: أن لا يجوز لعدم الولاية.

ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبياً كان أو ذا رحم محرم منه قياساً واستحساناً، وإنما كان كذلك لأن الذي في عياله له عليه ضرب ولاية. ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها

منفعة، وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة، فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي.

وأما من ليس في عياله فلا ولاية له عليه أصلاً فلا يجوز قبضه له كالأجنبي والقبض للصبية إذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها أيضاً استحساناً لأنها في عياله، لكن هذا إذا لم يكن أحد من هؤلاء، فأما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض الزوج، كذا ذكره الحاكم الجليل في «مختصره».

وأما الثاني الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود في الهبة ينوب عن قبض الهبة، سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة أو أقوى منه، لأنه إذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب، إذ المتماثلان غير أن ينوب كل واحد منهما مقام صاحبه ويسد مسده فتثبت المناوبة مقتضى المماثلة. وإذا كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة.

وبيان هذا في مسائل: إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عارية فوهب منه جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معاً ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد استحساناً، والقياس أن لا يصير قابضاً ما لم يجدد القبض، وهو أن يخلي بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد.

وجه القياس: أن يد المودع إن كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده فصار كأنه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية.

وجه الاستحسان: أن القبضين متماثلان، لأن كل واحد منهما قبض غير مضمون، إذ الهبة عقد تبرع، وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان فيتناوبان ضرورة، بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير، لأن قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لأنه قبض أمانة، وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا.

ولو كان الموهوب في يده مغصوباً أو مقبوضاً ببيع فاسد، أو مقبوضاً على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد، وهو أصل القبض وزيادة ضمان.

ولو كان الموهوب مرهوناً في يده ذكر في الجامع أنه يصير قابضاً وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة، لأن قبض الهبة قبض أمـانة وقبض الرهـن في حق العين قبض أمانة أيضاً فيتماثلان فناب أحدهما عن الآخر، ولئن كان قبض الرهن قبض ضمـان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة، والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة، وإذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدينه على الراهن.

وذكر الكرخي: أنه لا يصير قابضاً حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة، لأن قبض الرهن وإن كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل الإبراء بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان، بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء، لأن ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض بغير ضمان فتماثل القبضان فيتناوبان.

ولو كان مبيعاً قبل القبض فوهب من البائع جاز ولكن لا يكون هبة بل يكون إقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع.

ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل إقالة بل يبطل أصلاً ورأساً، والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع.

ولو نحل ابنه الصغير شيئاً جاز ويصير قابضاً له مع العقد، كما إذا باع ماله منه حتى لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الابن لصيرورته قابضاً للصغير مع العقد، وينبغي للرجل أن يعدل بين أولاده في النحلى لقوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالعدلِ والإحسانِ﴾[١].

وأما كيفية العدل بينهم فقد قال أبو يوسف: العدل في ذلك أن يسوي بينهم في العطية ولا يفضل الذكر على الأنثى. وقال محمد: العدل بينهم أن يعطيهم على سبيل الترتيب في المواريث للذكر مثل حظ الأنثيين، كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في «**شرح مختصر الطحاوي**».

وذكر محمد في «**الموطأ**»: ينبغي للرجل أن يسوي بين ولده في النحلى ولا يفضل بعضهم على بعض، وظاهر هذا يقتضي أن يكون قوله مع قول أبي يوسف وهو الصحيح لما روي: «**أن بشيراً أبا النعمان أتى بالنعمان إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي، فقال له رسول الله ﷺ: كل ولدك نحلته مِثْل هَذَا؟ فقال: لا، فقال النبي عليه الصلاة والسلام: فَارجعهُ**»[٢]، وهذا إشارة إلى العدل بين الأولاد في النحلة وهو التسوية بينهم ولأن في التسوية تأليف القلوب، والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكانت التسوية أولى.

ولو نحل بعضاً وحرم بعضاً جاز من طريق الحكم، لأنه تصرف في خالص ملكه لا حق لأحد فيه، إلا أنه لا يكون عدلاً، سواء كان المحروم فقيهاً تقياً أو جاهلاً فاسقاً على قول المتقدمين من مشايخنا. وأما على قول المتأخرين منهم لا بأس أن يعطي المتأدبين والمتفقهين دون الفسقة الفجرة.

فصل: وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع: في بيان أصل الحكم، وفي بيان صفته، وفي بيان ما يرفع الحكم.

أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض، لأن الهبة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض.

وأما صفته فقد اختلف فيها، قال أصحابنا: هي ثبوت ملك غير لازم في الأصل وللواهب أن يرجع في

---

(١) سورة النحل، الآية: (٩٠).

(٢) أخرجه مالك في «**الموطأ**» كتاب الأقضية باب ما لا يجوز من النحل.
والبخاري في «**الصحيح**» كتاب الهبة باب الهبة للولد (٢٥٨٦).
ومسلم في «**الصحيح**» كتاب الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة (١٢٤١).
والنسائي في «**السنن**» كتاب النحل باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل (٦/٢٥٨) والبيهقي (٦/١٧٦).

هبته وإنما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع بأسباب عارضة. وقال الشافعي رحمه الله: الثابت بالهبة ملك لازم في الأصل ولا يثبت الرجوع إلا في هبة الولد خاصة، وهي هبة الوالد لولده فنقول:

يقع الكلام في هذا الفصل في مواضع: في بيان ثبوت حق الرجوع في الهبة وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق، وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع، وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً.

أما ثبوت حق الرجوع فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله. احتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا يحلُّ لواهب أن يرجعَ في هبته إلا فيما يهبُ الوالد لولدِهِ**»[1] وهذا نص في مسألة هبة الأجنبي والوالد.

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**العَائِدُ فِي هبتِهِ كالعائِدِ فِي قيئه**»[2] والعود في القيء حرام كذا في الهبة، ولأن الأصل في العقود هو اللزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد، لأن المقصود من الهبة اكتساب الصيت بإظهار الجود والسخاء لا طلب العوض، فمن طلب منهما العوض فقد طلب من [أ/١٩٤/ج] العقد/ ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً.

ولنا: الكتاب والسنة وإجماع الصحابة رضي الله عنهم.

أما الكتاب العزيز فقوله تعالى: ﴿**وإِذَا حُيِّيْتُم بتحيَّةٍ فحَيُّوا بأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا**﴾[3] والتحية وإن كانت تستعمل في معان من السلام والثناء والهدية بالمال، قال القائل:

تحيتهم بيض الولاء بدينهم

لكن الثالث تفسير مراد بقرينة من نفس الآية الكريمة وهي قوله تعالى: ﴿**أو ردوها**﴾[4] لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض، لأنه عبارة عن إعادة الشيء، وذا لا يتصور في الأعراض، والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل.

وأما السنة فما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**الوَاهِبُ أحقُّ بهبتِهِ مَا**

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٧) وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع والإجارات باب الرجوع في الهبة (٣٥٣٩) والترمذي في «السنن» كتاب البيوع باب ما جاء في الرجوع في الهبة (١٢٩٩) والنسائي في «السنن» كتاب الهبة باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده (٦/ ٢٦٥).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الهبات باب من أعطى ولده ثم رجع فيه (٢٣٧٧) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٧٩، ١٨٠).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٢٨٠، ٣٤٢) والبخاري في «صحيحه» كتاب الهبة باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته، ومسلم في «الصحيح» كتاب الهبات باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل.
وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع والإجارات باب الرجوع في الهبة (٣٥٣٨) والنسائي في «السنن» كتاب الهبة باب ذكر الاختلاف لخبر ابن عباس فيه (٦/ ٢٦٦).
وابن ماجه في «السنن» الهبات باب الرجوع في الهبة (٢٣٨٥).

(٣) سورة النساء، الآية: (٨٦).

(٤) سورة النساء، الآية: (٨٦).

لَمْ يثبْ مِنْها»[1] أي يعوض جعل عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض. وهذا نص في الباب.

وأما إجماع الصحابة فإنه روي عن سيدنا عمر، وسيدنا عثمان، وسيدنا علي، وعبد الله بن سيدنا عمر وأبـي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم أنهم قالوا: مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً، ولأن العوض المالي قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب، فإن الإنسان قد يهب من الأجنبي إحساناً إليه وإنعاماً عليه، وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة فالموهوب له مندوب إلى ذلك شرعاً، قال الله تبارك وتعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إلاّ الإِحْسَانُ﴾[2].

وقال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ اصطَنَعَ إِلَيْكُم مَعرُوفاً فَكَافِئُوه فإِنْ لَمْ تَجِدُوا ما تُكَافِئُونَهُ فَادعُوا له حَتَى يَعلمَ أَنَّكُم قَدْ كَافَأتمُوهُ»[3] وقال عليه الصلاة والسلام: «تَهَادُوا تَحابُوا»[4] والتهادي تفاعل من الهدية فيقتضي الفعل من اثنين، وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبـي، وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع لأنه يعدم الرضا، والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة. كذا هذا.

وأما الحديث الأول فله تأويلان:

أحدهما: أنه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا رضاء، وذلك لا يجوز عندنا إلا فيما وهب الوالد لولده فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه.

الثاني: أنه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لا من حيث الحكم لأن نفي الحل يحتمل ذلك، قال الله عز وجل في رسولنا عليه الصلاة والسلام: ﴿لا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ ولاَأَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ﴾[5] قيل في بعض التأويلات: لا يحل لك من حيث المروءة والخلف أن تتزوج عليهن بعدما اخترن إياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث الحكم، إذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهذا تأويل الحديث، والآخر أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروءة وطبيعة لا شريعة.

ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام في رواية أخرى: «العَائِدُ في هبتِهِ كالكَلْبِ يقيءُ ثُمَّ يعودُ فِي

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥٢) وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه إلا أن تكل الحمل فيه على شيخنا، وابن ماجه في «السنن» كتاب الهبات باب من وهب هبة رجاء ثوابها (٢٣٨٧) وفي «الزوائد»: في إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع، وهو ضعيف والدارقطني في «السنن» كتاب البيوع (٣/ ٤٣) قال: لا يثبت هذا مرفوعاً، والصواب عن ابن عمر عن عمر موقوفاً. والبيهقي في «السنن» (٦/ ١٨٠) كتاب الهبات باب المكافأة في الهبة وقال: وإنما المحفوظ عن حنظلة عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن عمر.

(٢) سورة الرحمن، الآية: (٥٥).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٦٨، ٩٩، ١٢٧) وأبو داود في «السنن» كتاب الزكاة باب عطية من سأل بالله (١٦٧٢) وفي كتاب الأدب باب في الرجل يستفيد من الرجل (٥١٠٩) والنسائي في «السنن» كتاب الزكاة باب من سأل الله عز وجل (٥/ ٨٢). والبيهقي في «السنن» (٤/ ١٩٩).

(٤) تقدم.

(٥) سورة الأحزاب، الآية: (٥٢).

قيئه»[1] وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي. كذا هذا.

وقوله: فيما يهبه الوالد لولده محمول على أخذ مال ابنه عند الحاجة إليه، لكنه سماه رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً، وإن لم يكن رجوعاً حقيقة على ما نذكره في تلك المسألة إن شاء الله تعالى.

وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحق حتى لا يصح بدون القضاء والرضا لأن الرجوع فسخ العقد بعد تمامه، وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض.

وأما العوارض المانعة من الرجوع فأنواع: منها هلاك الموهوب لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك، ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته لأنها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها.

ومنها: خروج الموهوب من ملك الواهب بأي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها، لأن الملك يختلف بهذه الأشياء، أما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر، وكذا بالموت، لأن الثابت للوارث غير ما كان ثابتاً للمورث حقيقة لأن الملك عرض يتجدد في كل زمان، إلا أنه مع تجدده حقيقة جعل متجدداً تقديراً في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف الملكان، واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين، ثم لو وهب عيناً لم يكن له أن يرجع في عين أخرى، فكذا إذا أوجبه ملكاً لم يكن له أن يفسخ ملكاً آخر، بخلاف ما إذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبد أن للواهب أن يرجع فيها لأن الملك هناك لم يختلف. لأن الهبة انعقدت موجبة للملك للمولى ابتداءً فلم يختلف الملك، وكذا المكاتب إذا وهب له هبة وقبضها فللواهب أن يرجع لما قلنا.

وكذلك إن أعتق المكاتب لأن الملك الذي أوجبه بالهبة قد استقر بالعتق فكأنه وهب له بعد العتق، فإن عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب أن يرجع عند أبي يوسف، وعند محمد ليس له أن يرجع، وهذا بناءً على أن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة فالمولى يملك أكسابه بحكم الملك الأول أو يملكها ملكاً مبتدأ، فعند أبو يوسف: يملكها بحكم الملك الأول فلم يختلف الملك فكان له أن يرجع، وعند محمد: يملكها ملكاً مبتدأ فاختلف الملك فمنع الرجوع.

وجه قول محمد: أن ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لأن المكاتب صار أحق بأكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى بالكسب، والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكاً مبتدأ فيمنع الرجوع كملك الوارث.

وجه قول أبي يوسف: أن سبب ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قائم بعد الكتابة، إلا أنه امتنع ظهور ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل إلى المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية بأداء بدل الكتابة، فإذا عجز زالت الضرورة وظهر ملك الكسب تبعاً لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكاً مبتدأ.

ومنها: موت الواهب لأن الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه.

ومنها: الزيادة في الموهوب زيادة متصلة فنقول: جملة الكلام في زيادة الهبة أنها لا تخلو إما إن كانت

---

(١) تقدم.

متصلة بالأصل وإما إن كانت منفصلة عنه، فإن كانت متصلة بالأصل فإنها تمنع الرجوع، سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أو لا بفعله، وسواء كانت متولدة أو غير متولدة، نحو ما إذا كان الموهوب جارية هزيلة فسمنت، أو داراً فبنى فيها، أو أرضاً فغرس فيها غرساً، أو نصب دولاباً، وغير ذلك مما يستقى به وهو مثبت في الأرض مبني عليها على وجه يدخل في بيع الأرض من غير تسمية، قليلاً كان أو كثيراً، أو كان الموهوب ثوباً فصبغه بعصفر أو زعفران أو قطعه قميصاً وخاطه أو جبة وحشاه أو قباءً لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الأصل مع الزيادة، لأن الزيادة ليست بموهوبة إذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً.

وإن صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه أو ينقصه فله أن يرجع، لأن المانع من الرجوع هو الزيادة فإذا لم يزده الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم، وإن كانت الزيادة منفصلة فإنها لا تمنع الرجوع، سواء كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والتمر أو غير متولدة كالأرش والعقر والكسب والغلة، لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وإنما ورد على الأصل ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة بخلاف المتصلة، وبخلاف ولد المبيع أنه يمنع الرد بالعيب، لأن المانع هناك هو الربا، لأنه يبقى الولد بعد رد الأم بكل الثمن مبيعاً مقصوداً لا يقابله عوض، وهذا تفسير الربا.

ومعنى الربا لا يتصور في الهبة لأن جريان الربا يختص بالمعاوضات فجاز أن يبقى الولد موهوباً مقصوداً بلا عوض بخلاف المبيع، وكذا الزيادة في سعر لا تمنع الرجوع لأنه لا تعلق لها بالموهوب وإنما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع، ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع فلا تغير ضمان الرهن ولا الغصب ولا تمنع الرد بالعيب.

[أ/١٩٥/ج] وأما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لأن ذلك رجوع في/ بعض الموهوب وله أن يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكماله، فكذا إذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لأن قبض الهبة ليس بقبض مضمون.

ومنها العوض لما روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**الوَاهِبُ أَحَقُّ بهبتهِ مَا لَمْ يثب مِنْهَا**»(١) أي ما لم يعوض، ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع، وسواء قل العوض أو كثر، لما روينا من الحديث من غير فصل. فنقول: العوض نوعان: متأخر عن العقد ومشروط في العقد.

أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه يقع في موضعين:

أحدهما: في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضاً.

والثاني: في بيان ماهية هذا التعويض.

أما الأول: فله شرائط ثلاثة: الأول مقابلة العوض بالهبة وهو أن يكون التعويض بلفظ يدل على

---

(١) تقدم تخريجه.

المقابلة، نحو أن يقول هذا عوض من هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك أو نحلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا بدلاً عن هبتك أو كافأتك أو جازيتك أو أتيتك وما يجري هذا المجرى، لأن العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من لفظ يدل على المقابلة، حتى لو وهب لإنسان شيئاً وقبضه الموهوب له.

ثم إن الموهوب له أيضاً وهب شيئاً للواهب ولم يقل هذا عوض من هبتك ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضاً بل كان هبة مبتدأ ولكل واحد منهما حق الرجوع، لأنه لم يجعل الباقي مقابلاً بالأول لانعدام ما يدل على المقابلة فكانت هبة مبتدأة فيثبت فيها الرجوع.

والثاني: أن لا يكون العوض في العقد مملوكاً بذلك العقد، حتى لو عوض الموهوب له الواهب بالموهوب لا يصح ولا يكون عوضاً.

وإن عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فإن كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضاً، لأن التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة، إذ لو كان ذلك مقصوده لأمسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع، وإن كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيراً يمنع الرجوع فإن بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي لأنه بالتغير صار بمنزلة عين أخرى فصلح عوضاً، هذا إذا وهب شيئاً واحداً أو شيئين في عقد واحد، فأما إذا وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه، قال أبو حنيفة عليه الرحمة: يكون عوضاً، وقال أبو يوسف: لا يكون عوضاً.

وجه قول أبي يوسف: أن حق الرجوع ثابت في غير ما عوض لأنه موهوب وحق الرجوع في الهبة ثابت شرعاً فإذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعاً فلا يقع موقع العوض، بخلاف ما إذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضاً عن الباقي أنه يجوز وكان مكاناً عوضاً، لأن حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز أن يقع موقع العوض.

وجه قولهما: أنهما ملكا بعقدين متباينين فجاز أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر، وهذا لأنه يجوز أن يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود الهبة الأولى، لأن الإنسان قد يهب شيئاً ثم يبدو له الرجوع فصار الموهوب بأحد العقدين بمنزلة عين أخرى، بخلاف ما إذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها العقد، لأن بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب، فإن الإنسان لا يهب شيئاً ليسلم له بعضه عوضاً عن باقيه.

وقوله: «حق الرجوع ثابت شرعاً» نعم لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمتنع وقوعه عن جهة أخرى، كما لو باعه منه. ولو وهب له شيئاً وتصدق عليه بشيء فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضاً بالإجماع على اختلاف الأصلين.

أما على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا يشكل، لأنهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز أن يكون أحدهما عوضاً عن الآخر، فعند اختلاف العقدين أولى.

وأما على أصل أبي يوسف رحمه الله فلأن الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقعت موقع العوض.

[ب/١٩٥/ج] والثالث: سلامة العوض/ للواهب، فإن لم يسلم بأن استحق من يده لم يكن عوضاً، وله أن يرجع في الهبة لأن بالاستحقاق تبين أن التعويض لم يصح فكأنه لم يعوض أصلاً، فله أن يرجع إن كان الموهوب قائماً بعينه لم يهلك ولم يزدد خيراً ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع، فإن كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه، كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض، وكذا إذا إزداد خيراً لم يضمن كما قبل التعويض.

وإن استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي عوض عن كل الموهوب، وإن شاء رد ما بقي من العوض ويرجع في كل الموهوب إن كان قائماً في يده ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع، وهذا قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: يرجع في الهبة بقدر المستحق من العوض.

وجه قوله: أن معنى المعاوضة ثبت من الجانبين جميعاً، فكما أن الثاني عوض عن الأول فالأول يصير عوضاً عن الثاني، ثم لو استحق بعض الهبة الأولى كان للموهوب له أن يرجع في بعض العوض، فكذا إذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع في بعض الهبة تحقيقاً للمعاوضة.

ولنا: أن الباقي يصلح عوضاً عن كل الهبة، ألا ترى أنه لو لم يعوضه إلا به في الابتداء كان عوضاً مانعاً عن الرجوع فكذا في الانتهاء بل أولى لأن البقاء أسهل، إلا أن للواهب أن يرده ويرجع في الهبة، لأن الموهوب له غره حيث عوضه لإسقاط الرجوع بشيء لم يسلم له فيثبت له الخيار.

وأما سلامة المعوض وهو الموهوب للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض لأنه إنما عوض ليسقط حق الرجوع في الهبة، فإذا استحق الموهوب تبين أن حق الرجوع لم يكن ثابتاً فصار كمن صالح عن دين ثم تبين أنه لا دين عليه، وكذلك لو استحق نصف الموهوب فللموهوب له أن يرجع في نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة لأنه إنما جعل عوضاً عن حق الرجوع في جميع الهبة فإذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره، سواء زاد العوض أو نقص في السعر أو زاد في البدن أو نقص في البدن كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان، كذا روي عن محمد في الإملاء، وإنما لم تمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لأنه تبين له أنه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ في الزوائد، وإن قال الموهوب له: أرد ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كله لم يكن له ذلك، لأن العوض لم يكن مشروطاً في العقد بل هو متأخر عنه، والعوض المتأخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو لإسقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن له أن يرجع في العوض، فإن كان العوض مستهلكاً ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض، وإن استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض. كذا ذكر في الأصل من غير خلاف، وهو إحدى روايتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله.

وروى بشر رواية أخرى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يضمن شيئاً وهو قول أبي يوسف.

وجه رواية الأصل: أن القبض في العوض ما وقع مجاناً وإنما وقع مبطلاً حق الرجوع في الأول، فإن لم يسلم المقصود منه بقي القبض مضموناً، فكما يرجع بعينه لو كان قائماً يرجع بقيمته إذا هلك.

وجه الرواية الأخرى: أن العوض المتأخر عن العقد في حكم الهبة المبتدأة حتى يشترط فيه شرائط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك، هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئاً لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه.

فأما إذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض إن كان هو المستحق، وكذا تبطل الهبة إن كانت هي المستحقة، فإذا بطل العوض رجع في الهبة، وإذا بطلت الهبة يرجع في العوض، لأن بالاستحقاق تبين أن الهبة أو التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة وذلك باطل/ . [أ/١٩٦/ج]

الثاني: بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف من أصحابنا، يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها إلا في إسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع في الأولى ولا يثبت في الثانية فأما فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتدأة لأنه تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة إلا أنه تبرع به ليسقط حق الرجوع عن نفسه في الهبة الأولى فكانت هبة مبتدأة مسقطة لحق الرجوع في الهبة الأولى.

ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيباً فاحشاً لم يكن له أن يرده ويرجع في العوض، وكذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيباً لم يكن له أن يرد العوض ويرجع في الهبة، لأن الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض إذا لم يكن مشروطاً في العقد لم يكن عوضاً على الحقيقة بل كان هبة مبتدأة ولا يظهر معنى العوض فيه إلا في إسقاط الرجوع خاصة، فإذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه.

أما الواهب فلأنه قد سلم له العوض عن الهبة وإنه يمنع الرجوع. وأما الموهوب له فلأنه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام: «الوَاهِبُ أحقُّ بهبتِهِ مَا لَمْ يثبْ مِنْها»[1]، وسواء عوضه الموهوب له أو أجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له.

أما الواهب فإنما لم يرجع في هبته لأن الأجنبي إنما عوض بأمر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه، ولو عوض بنفسه لم يرجع فكذا إذا عوض الأجنبي بأمره، وإن عوض بغير أمره فقد تبرع بإسقاط الحق عنه، والتبرع بإسقاط الحق عن الغير جائز، كما لو تبرع بمخالعة امرأة من زوجها.

وأما المعوض فإنه لا يرجع على الواهب لأن مقصوده من التعويض سلامة الموهوب للموهوب له وإسقاط حق التبرع، وقد سلم له ذلك، وإنما لم يرجع على الموهوب له.

أما إذا كان بغير أمره فلأنه تبرع بإسقاط الحق عنه فلا يملك أن يجعل ذلك مضموناً عليه.

وأما إذا عوض بأمره لا يرجع عليه أيضاً إلا إذا قال له: عوض عني على أني ضامن، لأنه إذا أمره

---

(١) أخرجه ابن ماجه والدارقطني وابن أبي شيبة من حديث أبي هريرة وفي إسناده ضعف ورواه بمعناه الحاكم والدارقطني وإسناده صحيح عن ابن عمر. انظر «الدراية» (٢/ ٢٨٤).

بالتعويض ولم يضمن له فقد أمره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الآمر إلا بشرط الضمان. وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره: أطعم عن كفارة يميني أو أد زكاتي: ففعل لا يرجع بذلك على الآمر إلا أن يقول له على أني ضامن، لأنه أمره بما ليس بمضمون عليه، بخلاف ما إذا أمره غيره بقضاء الدين فقضاه أنه يرجع على الآمر وإن لم يقل على أني ضامن نصاً، لأن قضاء الدين مضمون على الآمر، فإذا أمره به فقد ضمن له.

ولو عوض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة كان عوضاً عن نصفها وكان للواهب أن يرجع في النصف الآخر ولا يرجع فيما عوض عنه، لأن حق الرجوع في الهبة مما يتجزأ. ألا ترى أنه لو رجع في نصف الهبة ابتداءً دون النصف جاز فجاز أن يثبت حق الرجوع في النصف بدون النصف، بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لأن ذلك مما لا يتجزأ فكان إسقاط الحق عن البعض إسقاطاً عن الكل.

وأما العوض المشروط في العقد فإن قال: وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد، قال أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم: إن عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع، وربما عبروا أنه هبة ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم، ولا يثبت الملك في كل واحد منهما قبل القبض، ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا وكذا إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل واحد منهما أن يرجع، القابض وغير القابض فيه سواء حتى يتقابضا جميعاً، ولو تقابضا كان ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع/ في الاستحقاق، وتجب الشفعة إذا كان غير منقول. [ب/١٩٦/ج]

وقال زفر رحمه الله: عقده عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداءً وانتهاءً وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشيوع، ويفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض ولا يملكان الرجوع.

وجه قوله: أن معنى البيع موجود في هذا العقد، لأن البيع تمليك العين بعوض وقد وجد، إلا أنه اختلفت العبارة، واختلافها لا يوجب اختلاف الحكم كلفظ البيع مع لفظ التمليك.

ولنا: أنه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة عملاً بشبه الهبة، ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملاً بشبه البيع عملاً بالدليلين بقدر الإمكان والله عز وجل أعلم. ومنها ما هو في معنى العوض وهو ثلاثة أنواع:

الأول: صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذي رحم محرم من الواهب وهذا عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: يرجع الوالد فيما يهب لولده، احتج بما روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**لا يحلُّ لواهبٍ أَنْ يَرْجِعَ في هبتِهِ إلا الوالد فيما يهبُ لولدِهِ**»(١) وهذا نص في الباب.

ولنا: ما روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**الواهبُ أحقُّ بهبته ما يثبْ مِنْها**»(٢) أي لم يعوض، وصلة الرحم عوض معنى، لأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة وسبب

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.

الثواب في الدار الآخرة فكان أقوى من المال. وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «اتقوا الله وصلوا الأرحامَ فإنّهُ أبقى لَكُمْ فِي الدُّنْيا وَخيرٌ لَكُمْ فِي الدَّارِ الآخِرَةِ»[١] فدخل تحت النص.

وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها. وهذا نص في الباب. والحديث محمول على النهي عن شراء الموهوب، لكنه سماه رجوعاً مجازاً لتصوره بصورة الرجوع، كما روي «أن سيّدنا عمر رضي الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: لا تَعد فِي صدقتِكَ»[٢].

وسيدنا عمر رضي الله عنه قصد الشراء لا العود في الصدقة، لكن سماه عوداً لتصوره بصورة العود، وهو نهي ندب، لأن الموهوب له يستحي فيسامحه في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه، والرجوع مكروه وهذا المعنى لا يوجد في هبة الوالد لولده، لأن الولد لا يستحي عن المضايقة في الثمن لاستيفاء الثمن لمباسطة بينهما عادة فلم يكره الشراء. حملناه على هذا توفيقاً بين الدليلين صيانة لهما عن التناقض.

ولو وهب لذي رحم محرم فله أن يرجع لقصور معنى الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض. وكذا إذا وهب لذي محرم لا رحم له لانعدام معنى الصلة أصلاً.

ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه أجنبيٌ، فأما إن كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد أجنبياً، وأما إن كان المولى والعبد جميعاً ذوي رحم من الواهب، فإن كان العبد ذا رحم محرم من الواهب والمولى أجنبيٌ فله أن يرجع بلا خلاف بين أصحابنا لأن حكم العقد يقع للمولى، وإنما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وإنه لا يفيد معنى العلة فانعدم معنى العوض أصلاً، وإن كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد أجنبيٌ اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يرجع، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يرجع.

وجه قولهما: أن بطلان حق الرجوع بحصول الصلة لأنها في معنى العوض على ما بينا، ومعنى الصلة إنما يتحقق لوقوع الحكم للقريب، والحكم وقع للمولى فصار كأن الواهب أوجب الهبة له ابتداءً وإنه يمنع الرجوع كذا هذا. وجه قول أبـي حنيفة رحمه الله: أن الملك لم يثبت للمولى بالهبة لأنها وقعت للعبد ألا ترى أن القبض إليه لا إلى المولى، وإنما ثبت ضرورة تعدد الإثبات للعبد فأقيم مقامه، وإذا ثبت الملك له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمنع الرجوع، مع ما أن الملك يثبت له بالهبة، لكن الهبة وقعت للمولى/ من وجه وللعبد من وجه، لأن الإيجاب أضيف إلى العبد والملك وقع للمولى إذا لم يكن دين فلم [١٩٧/أ/ج]

---

(١) أخرجه عبد بن حميد وابن جرير في «تفسيرهما» عن قتادة مرسلاً ومختصراً ابن عساكر عن ابن مسعود «كنز العمال» (٦٩١١، ٦٩١٢).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الزكاة باب اشتراء الصدقة والعود فيها.
والبخاري في «الصحيح» كتاب الجهاد والسير باب الجعائل والحملات في السبيل (٢٩٧١) وباب إذا حمل على فرس فرآها تباع (٣٠٠٢).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الهبات باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه رقم (١٦٢١).
وأبو داود في «السنن» كتاب الزكاة باب الرجل يبتاع صدقته (١٥٩٣).
وأحمد في «المسند» (٢/ ٧، ٣٤). وابن حبان في «صحيحه» كتاب الهبة باب الرجوع في الهبة.

يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي رحم محرم، فإن كانا جميعاً ذا رحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخي عن محمد أن قياس قول أبـي حنيفة أن يرجع، لأن قرابة العبد لا تؤثر في إسقاط الرجوع، لأن الملك لم يقع له وقرابة المولى أيضاً لا تؤثر فيه، لأن الإيجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الأصل في الهبة والامتناع معارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط.

وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني: أنه ليس له أن يرجع في هذه المسألة في قولهم، لأن الهبة إما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولى وأيهما كان فرحمة كاملة، والصلة الكاملة تمنع الرجوع.

والجواب: أنه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعاً واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله عز وجل أعلم.

وعلى هذا التفريع إذا وهب لمكاتب شيئاً وهو ذو رحم محرم من الواهب أو مولاه ذو رحم محرم من الواهب أنه إن أدى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها إن كان أجنبياً يرجع وإن كان قريباً لا يرجع، لأنه لما أدى فعتق استقر ملكه فصار كأن الهبة وقعت له وهو حر، ولو كان كذلك يرجع إن كان أجنبياً، وإن كان قريباً لا يرجع كذا هذا.

وإن عجز ورد في الرق فقياس قول أبـي حنيفة رحمه الله أنه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها إن كان أجنبياً فللواهب أن يرجع وإن كان قريباً فليس له أن يرجع بناء على أن الهبة عنده أوجبت ملكاً موقوفاً على المكاتب وعلى مولاه على معنى أنه إن أدى فعتق تبين أن الملك وقع له من حين وجوده. وإن عجز ورد في الرق يظهر أنه وقع للمولى من وقت وجوده، كأن الهبة وقعت له من الابتداء، وعلى قول محمد لا يرجع في الأحوال كلها لأن عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف، ثم ينتقل إلى المولى بالعجز كأنه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب إلى ورثته.

الثاني: الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه، لأن صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال فلا يدخلها حجب الحرمان، والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها.

الثالث: التوارث فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها، لأن الهبة من الفقير صدقة لأنه يطلب بها الثواب كالصدقة، ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى، وإن لم يكن عوضاً في الحقيقة، إذ العبد لا يستحق على مولاه عوضاً.

ولو تصدق على غني فالقياس أن يكون له حق الرجوع، لأن التصدق على الغني يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع، إلا أنهم استحسنوا وقالوا: ليس له أن يرجع لأن الثواب قد يطلب بالصدقة على الأغنياء ألا ترى أن من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في يده ففي الصدقة عليه ثواب، وإذا كان الثواب مطلوباً من ذلك في الجملة فإذا أتى بلفظة الصدقة دل أنه أراد به الثواب وإنه يمنع الرجوع لما بينا.

وأما الشيوع فنقول: لا يمنع الرجوع في الهبة فللواهب أن يرجع في نصف الهبة مشاعاً، وإن كان

محتملاً للقسمة بأن وهب داراً فباع الموهوب له نصفها مشاعاً كان للواهب أن يرجع في الباقي، وكذا لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له فله أن يرجع في بعضها دون البعض بخلاف الهبة المستقلة إنها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة لأن القبض شرط جواز العقد والشياع يخل في القبض الممكن من التصرف والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعاً من الرجوع.

وأما بيان ماهية الرجوع وحكمه/ شرعاً فنقول وبالله التوفيق: لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء [ب/١٩٧/ج] القاضي فسخ، واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أصحابنا تدل على أنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فإنهم قالوا: يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة، ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع وكذا لا تقف صحته على القبض.

ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض، وكذا لو وهب لإنسان شيئاً ووهبه الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع. ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع. فهذه المسائل تدل على أن الرجوع بغير قضاء فسخ، وقال زفر: إنه هبة مبتدأة.

وجه قوله: إن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب فيعتبر عقداً جديداً في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض، والدليل على أنه هبة مبتدأة ما ذكر محمد في كتاب الهبة: إن الموهوب له إذا رد الهبة في مرض موته أنها تكون من الثلث، وهذا حكم الهبة المبتدأة.

ولنا: أن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه، واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي، والدليل على أنه مستوف حق نفسه بالفسخ أن الهبة عقد جائز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً له فلا يقف على القضاء بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنه يعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث، لأنه لا حق للمشتري في الفسخ وإنما حقه في صفة السلامة، فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على قضاء القاضي.

وأما ما ذكر محمد فمن أصحابنا من التزم وقال: هذا يدل على أن الرجوع بغير قضاء هبة مبتدأة، وما ذكرنا من المسائل يدل على أنها فسخ فكان في المسألة روايتان. ومنهم من قال: هذا لا يدل على اختلاف الروايتين، لأنه إنما اعتبر الرد من الثلث لكون المريض متهماً في الرد في حق ورثته فكان فسخاً فيما بين الواهب والموهوب له هبة مبتدأة في حق الورثة، وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالإقالة فإنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما، وإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب، ويملكه الواهب وإن لم يقبضه، لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك، كالفسخ في باب البيع، والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له، حتى لو هلك في يده لا يضمن، لأن قبض الهبة قبض غير مضمون، فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات.

ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه. وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي. وليس

للموهوب له أن يرجع فيه، وكذا الصدقة.

أما وقوف الملك فيه على القبض فلأن الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ، وملك الواهب لا يزول إلا بالقبض، بخلاف ما إذا تراضيا على الرجوع إن الواهب يملكه بدون القبض، لأن اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد. ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع، لأن الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا تقع موقع الهبة المبتدأة فلا يصح الرجوع فيها.

فصل: وأما بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ إما بالإقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي على ما بينا. وإذا انفسخ العقد يعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة إلى القبض لما ذكرنا فيما تقدم.

كتاب الرهن

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع: في بيان ركن عقد الرهن، وفي بيان شرائط الركن، وفي/ بيان [١٩٨/أ/ج] حكم الرهن، وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه مرهوناً وما يبطل به الركن وما لا يبطل، وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل.

أما ركن عقد الرهن فهو الإيجاب والقبول. وهو أن يقول الراهن:رهنتك هذا الشيء بما لك عليّ من الدين، أو يقول هذا الشيء رهن بدينك وما يجري هذا المجرى، ويقول المرتهن ارتهنت أو قبلت أو رضيت وما يجري مجراه. فأما لفظ الرهن فليس بشرط، حتى لو اشترى شيئاً بدراهم ودفع إلى البائع ثوباً وقال له: أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أتى بمعنى العقد، والعبرة في باب العقود للمعاني.

فصل: وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى نفس الرهن وبعضها يرجع إلى الراهن والمرتهن، وبعضها يرجع إلى المرهون، وبعضها يرجع إلى المرهون به. أما الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقاً بشرط ولا مضافاً إلى وقت، لأن في الرهن والارتهان معنى الإيفاء والاستيفاء فيشبه البيع، وإنه لا يحتمل التعليق بشرط والإضافة إلى وقت. كذا هذا.

وأما الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل. فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية، حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون، لأن ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة. ولأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه وهما يملكان ذلك، وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعاً، لما روي أن رسول الله ﷺ استقرض بالمدينة من يهودي طعاماً ورهنه به درعه، وكان ذلك رهناً في الحضر ولأن ما شرع له الرهن وهو الحاجة إلى توثيق الدين يوجد في الحالين وهو الرهن عن تواء الحق بالجحود والإنكار وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر في كتاب الله تعالى عز وجل ليس لتخصيص الجواز بل هو إخراج الكلام مخرج العادة. كقوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾(١) وأما الذي يرجع إلى المرهون فأنواع: منها أن يكون محلاً قابلاً للبيع وهو أن يكون موجوداً وقت العقد مالاً مطلقاً متقوماً مملوكاً معلوماً مقدور التسليم. ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم، كما إذا رهن ما يثمر نخيله العام أو ما تلد أغنامه السنة أو ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك. ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والإحرام لأنه ميتة، ولا رهن الحر لأنه ليس بمال أصلاً ولا رهن

(١) سورة النور، الآية: (٣٣).

أم الولد والمدبر المطلق والمكاتب لأنهم أحرار من وجه فلا يكونون أموالاً مطلقة، ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم، سواء كان العاقدان مسلمين. أو أحدهما مسلم لانعدام مالية الخمر والخنزير في حق المسلم، وهذا لأن الرهن إيفاء الدين والإرتهان استيفاؤه، ولا يجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر واستيفاؤه، إلا أن الراهن إذا كان ذمياً كانت الخمر مضمونة على المسلم المرتهن، لأن الراهن إذا لم يصح كانت الخمر بمنزلة المغصوب في يد المسلم وخمر الذمي مضمون على المسلم بالغصب، وإذا كان الراهن مسلماً والمرتهن ذمياً لا تكون مضمونة على أحد.

وأما في حق أهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانهما منهم لأن ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة عندنا ولا رهن المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لأنها ليست بمملوكة في أنفسها.

فأما كونه مملوكاً للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير بغير إذنه بولاية شرعية، كالأب والوصي يرهن مال الصبي بدينه وبدين نفسه، لأن الرهن لا يخلو إما أن يجري مجرى الإيداع، وإما أن يجري مجرى المبادلة، والأب يلي كل واحد/ منهما في مال الصغير، فإنه يبيع مال الصغير بدين نفسه [١٩٨/أ/ج] ويودع مال الصغير، فإن هلك الرهن في يد المرتهن قبل أن يفتكه الأب هلك بالأقل من قيمته ومما رهن به لأن الرهن وقع صحيحاً وهذا حكم الرهن الصحيح وضمن الأب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن، لأنه قضى دين نفسه بمال ولده فيضمن، فلو أدرك الولد والرهن قائم عند المرتهن فليس له أن يسترده قبل قضاء القاضي لما ذكرنا أن الرهن وقع صحيحاً لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يؤمر الأب بقضاء الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ.

ولو قضى الولد دين أبيه وافتك الرهن لم يكن متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين، إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله فكان مضطراً فيه فلم يكن متبرعاً بل يكون مأموراً بالقضاء من قبل الأب دلالة فكان له أن يرجع عليه بما قضى، كما لو استعار من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن، ثم إن المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن أنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير لما قلنا، كذا هذا.

وكذلك حكم الوصي في جميع ما ذكرنا حكم الأب وإنما يفترقان في فصل آخر وهو أنه يجوز للأب أن يرتهن مال الصغير بدين ثبت على الصغير، وإذا هلك يهلك بالأقل من قميته ومن الدين، وإذا أدرك الولد ليس له أن يسترده إذا كان الأب يشهد على الارتهان، وإن كان لم يشهد على ذلك لم يصدق عليه بعد الإدراك إلا بتصديق الولد، ويجوز له أن يرهن ماله عند ولده الصغير بدين للصغير عليه ويحبسه لأجل الولد، وإذا هلك بعد ذلك فيهلك بالأقل من قيمته ومن الدين إذا كان أشهد عليه قبل الهلاك، وإن كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لم يصدق إلا أن يصدقه الولد بعد الإدراك، والوصي لو فعل هذا من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه.

أما على أصل محمد فلا يشكل لأنه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا شراء ماله لنفسه أصلاً فكذلك الرهن، وعلى قولهما: إن كان يجوز البيع والشراء لكن إذا كان خيراً لليتيم ولا خير له في الرهن لأنه يهلك

أبداً بالأقل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه خير لليتيم فلم يجز.

وكذلك يجوز رهن مال الغير بإذنه، كما لو استعار من إنسان شيئاً ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا أن الرهن إيفاء الدين وقضاؤه والإنسان بسبيل من أن يقضي دين نفسه بمال غيره بإذنه. ثم إذا أذن المالك بالرهن فإذنه بالرهن لا يخلو إما إن كان مطلقاً وإما إن كان مقيداً، فإن كان مطلقاً فللمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير وبأي جنس شاء وفي أي مكان كان ومن أي إنسان أراد، ولأن العمل بإطلاق اللفظ أصل.

وإن كان مقيداً بأن سمى قدراً أو جنساً أو مكاناً أو إنساناً يتقيد به، حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل، لأن المتصرف بإذن يتقيد تصرفه بقدر الإذن، والإذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالأكثر ولا بالأقل أيضاً، لأن المرهون مضمون والمالك إنما جعله مضموناً بالقدر، وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيداً. وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر، لأن قضاء الدين من بعض الأجناس قد يكون أيسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيداً وكذا إذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجز له أن يرهنه بالبصرة، لأن التقييد بمكان دون مكان مفيد فيتقيد بالمكان المذكور.

وكذا إذا أذن له أن يرهنه من إنسان بعينه لم يجز له أن يرهنه من غيره، لأن الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيداً، فإن خالف في شيء مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته إذا هلك لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فصار غاصباً وللمالك أن يأخذ الرهن من يد المرتهن لأن الرهن لم يصح فبقي المرهون في يده بمنزلة المغصوب فكان لهُ/ أن يأخذه منه وليس لهذا المستعير أن ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن ولا بعد [أ/١٩٩/ج] الانفكاك، فإن فعل ضمن لأنه لم يأذن له إلا بالرهن، فإن انتفع به قبل أن يرهنه، ثم رهنه بمثل قيمته بريء من الضمان حين رهن، ذكره في «**الأصل**»، لأنه لما انتفع به فقد خالف، ثم لما رهنه فقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان، كالمودع إذا عاد إلى الوفاق بعدما خالف في الوديعة، بخلاف ما إذا استعار العين لينتفع بها فخالف ثم عاد إلى الوفاق أنه لا يبرأ عن الضمان، لأن المستعير للانتفاع ليس يده يد المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة إليه فلم تكن بالعود إلى الوفاق راداً للمال إلى يد المالك فلا يبرأ عن الضمان.

فأما المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فإذا عاد إلى الوفاق فقد رد المال إلى يد المالك فيبرأ عن الضمان، وإذا قبض المستعير العارية فهلك في يده قبل أن يرهنه فلا ضمان عليه لأنه هلك في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العاريةة قبض أمانة لا قبض ضمان، وكذلك إذا هلك في يده بعدما افتكه من يد المرتهن لأنه بالافتكاك من يد المرتهن عاد عارية فكان الهلاك في قبض العارية.

ولو وكل الراهن ـ يعني المستعير بقبض الرهن من المرتهن ـ أحداً فقبضه فهلك في يد القابض، فإن كان القابض في عياله لم يضمن لأن يده كيده والمالك رضي بيده وإن لم يكن في عياله ضمن لأن يده ليست كيده فلم يكن المالك راضياً بيده. وإن هلك في يد المرتهن وقد رهن على الوجه الذي أذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لأنه قضى دين نفسه من مال الغير بإذنه بالرهن، إذ الرهن قضاء الدين، ويتعذر القضاء عند الهلاك.

وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر لأنه قضى ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لإنسان فقضى دين نفسه بمال الوديعة بإذن صاحبها فما قضى يكون مضموناً عليه وما لم يقضِ يكون أمانة في يده، فإن عجز الراهن عن الإفتكاك فافتكه المالك لا يكون متبرعاً ويرجع بجميع ما قضى على المستعير.

وذكر الكرخي أنه يرجع بقدر ما كان يملك الدين به ولا يرجع بالزيادة عليه ويكون متبرعاً فيها. حتى لو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن ألف فقضى المالك ألفين فإنه يرجع على المستعير بألفين، وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه بألف.

وجه قول الكرخي: أن المضمون على المستعير قدر الدين بدليل أنه لا يضمن عند الهلاك إلا قدر الدين فإذا قضى المالك الزيادة على المقدر كان متبرعاً فيها. وجه القول الآخر أن المالك مضطر إلى قضاء كل الدين الذي رهن به لأنه علق ماله عند المرتهن بحيث لا فكاك له إلا بقضاء كل الدين فكان مضطراً في قضاء الكل فكان مأذوناً فيه من قبل الراهن دلالة كأنه وكله بقضاء دينه فقضاه المعير من مال نفسه. ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى. كذا هذا، وليس للمرتهن أن يمتنع من قبض الدين من المعير ويجبر على القبض ويسلم الرهن إليه لأن له ولاية قضاء الدين لتخلص ملكه وإزالة العلق عنه فلا يكون للمرتهن ولاية الامتناع من القبض والتسليم.

فإن اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير: هلك في يد المرتهن وقال المستعير: هلك قبل أن أرهنه أو بعدما افتكيته فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الضمان إنما وجب على المستعير لكونه قاضياً دين نفسه من مال الغير بإذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر، ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه، والأصل فيه أن كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه، وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع.

[ب/١٩٩/ج] ومنها: أن يكون مقبوض المرتهن أو من يقوم مقامه، والكلام في القبض في مواضع/: في بيان أنه شرط جواز الرهن، وفي بيان شرائط صحته، وفي تفسير القبض وماهيته وفي بيان أنواعه.

أما الأول: فقد اختلف العلماء فيه، قال عامة العلماء: إنه شرط، وقياس قول زفر رحمه الله في الهبة أن يكون ركناً كالقبول، حتى إن من حلف لا يرهن فلاناً شيئاً فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا، وعنده لا يحنث كما في الهبة، والصحيح قولنا لقول الله تبارك وتعالى: ﴿فرِهَانٌ مَّقْبوضَةٌ﴾[1] ولو كان القبض ركناً لصار مذكوراً بذكر الرهن فلم يكن لقوله تعالى عز شأنه: ﴿مَّقْبُوضَةٌ﴾ معنى، فدل ذكر القبض مقروناً بذكر الرهن على أنه شرط وليس بركن.

وقال مالك رحمه الله: ليس بركن ولا شرط، والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[2] وصف سبحانه وتعالى الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً صيانة لخبره

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٣).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٨٣).

تعالى عن الخلف. ولأنه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كسائر التبرعات.

ولو تعاقدا على أن يكون الرهن في يد صاحبه لا يجوز الرهن، حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين. ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يده ليحبسه رهناً ليس له ذلك، لأن هذا شرط فاسد أدخلاه في الرهن فلم يصح الرهن، ولو تعاقدا على أن يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز ويكون قبض كقبض المرتهن. وهذا قول العامة.

وقال ابن أبي ليلى: لا يصح الرهن إلا بقبض المرتهن، والصحيح قول العامة لقوله تبارك وتعالى: ﴿فرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[1] من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولأن قبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى. ولو قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون الرهن في يد عدل آخر ووضعاه في يده جاز، لأنه جاز وضعه في يد الأول لتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما، وكذا إذا قبضه العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده لأنه جاز وضعه في يده في الابتداء فكذا في الانتهاء. وكذا إذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعه في يده جاز، لأن القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الأجنبي سواء.

ولو رهن رهناً وسلط عدلاً على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى حل الأجل فالرهن باطل لأن صحته بالقبض والبيع صحيح، لأن صحة التوكيل لا تقف صحته على القبض فصح البيع وإن لم يصح الرهن، وكذلك لو رهن مشاعاً وسلطه على بيعه فالرهن باطل والوكالة صحيحة لما ذكرنا، ولو جعل عدلاً في الإمساك وعدلاً في البيع جاز، لأن كل واحد منهما أمر مقصود فيصح إفراده بالتوكيل.

وأما بيان شرائط صحته فأنواع: منها أن يكون بإذن الراهن لما ذكرنا في الهبة أن الإذن بالقبض شرط صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع، فلأن يكون شرطاً فيما لا صحة له بدون القبض أولى، ولأن القبض في هذا الباب يشبه الركن كما في الهبة فيشبه القبول وذا لا يجوز من غير رضا الراهن، كذا هذا.

ثم نقول الإذن نوعان: نص وما يجري مجرى النص ودلالة، فالأول نحو أن يقول: أذنت له بالقبض، أو رضيت به، أو أقبض وما يجري هذا المجرى فيجوز قبضه، سواء قبض في المجلس أو بعد الافتراق استحساناً، وقياس قول زفر في الهبة أن لا يجوز بعد الافتراق.

والثاني: نحو أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح قبضه استحساناً، وقياس قول زفر في الهبة أن لا يصح كما لا يصح بعد الافتراق لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير إذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل أولى لأن القبض ليس بشرط لصحته وإنه شرط لصـ الرهن.

وجه الاستحسان: أنه وجد الإذن ههنا دلالة الإقدام على إيجاب الرهن، لأن [illegible] إيجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه إلا بالقبض، ولا صحة للقبض بدون الإذن فكان الإقدام [illegible] الإذن بالقبض، والإقدام دلالة الإذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق، فلم يوجد الإذن [illegible] لأنه

(1) سورة البقرة، الآية: (٢٨٣).

[١/٢٠٠/ج] بخلاف البيع، لأن البيع الصحيح بدون القبض فلم يكن الإقدام على إيجابه دليل/ القبض فلا يكون دليل الإذن فهو الفرق.

ولو رهن شيئاً متصلاً بما لم يقع عليه الرهن كالثمر المعلق على الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه إلا بالفصل والقبض ففصل وقبض، فإن قبض بغير إذن الراهن لم يجز قبضه، سواء كان الفصل والقبض في المجلس أو في غيره، لأن الإيجاب ههنا لم يقع صحيحاً فلا يستدل به على الإذن بالقبض. وإن قبض بإذنه فالقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر، وفي الاستحسان جائز بناء على أصل ذكرناه في الهبة والله الموفق.

ومنها: الحيازة عندنا فلا يصح قبض المشاع.

وعند الشافعي رحمه الله: ليس بشرط وقبض المشاع صحيح.

وجه قوله: أن الشياع لا يقدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز الرهن، ودلالة ذلك أن حكم الرهن عنده كون المرتهن أحق ببيع المرهون واستيفاء الدين من بدله على ما نذكر، والشيوع لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وأنه ممكن في النصف الشائع بتخلية الكل.

ولنا: أن قبض النصف الشائع وحده لا يتصور والنصف الآخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه، وسواء كان مشاعاً يحتمل القسمة أو لا يحتملها لأن الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعاً بخلاف الهبة فإن الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة، لأن المانع هناك ضمان القسمة على ما ذكرنا في كتاب الهبة وأنه يخص المقسوم، وسواء رهن من أجنبي أو من شريكه على ما نذكر إن شاء الله تعالى، وسواء كان مقارناً للعقد أو طرأ عليه في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أن الشيوع الطارىء على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة. صورته إذا رهن شيئاً وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء مجتمعاً أو متفرقاً فباع نصفه شائعاً أو استحق بعض الرهن شائعاً.

وجه رواية أبي يوسف: أن حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء، لأن البقاء أسهل من حكم الابتداء، لهذا فرق الشرع بين الطارىء والمقارن في كثير من الأحكام، كالعدة الطارئة والإباق الطارىء ونحو ذلك، فكون الحيازة شرطاً في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة.

وجه ظاهر الرواية: أن المانع في المقارن كون الشيوع مانعاً عن تحقق القبض في النصف الشائع، وهذا المعنى موجود في الطارىء فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلاً عبداً بدين له عليهما رهناً واحداً جاز وكان كله رهناً بكل الدين، حتى إن المرتهن له أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين، وإذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لأن كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه، وإن كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن فإنه يجوز رهن مال الغير بإذنه لما بينا وإقدامهما على رهنه صفقة واحدة دلالة الإذن من كل واحد منهما فصار كل العبد رهناً بكل الدين ولا استحالة في ذلك لأن الرهن حبس وليس يمتنع أن يكون العبد الواحد محبوساً بكل الدين فلم يكن هذا رهن الشائع فجاز، وليس لأحدهما أن يأخذ نصيبه من العبد

إذا قضى ما عليه من الدين، لأن كله مرهون بكل الدين، فما بقي شيء من الدين بقي استحقاق الحبس.

وكذلك إذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه وهما شريكان فيه أو لا شركة بينهما جاز، وإذا قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يقبض شيئاً من الرهن لأنه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل العبد يصلح رهناً بدين كل واحد منهما على الكمال، كأن ليس معه غيره لما ذكرنا، وهذا بخلاف الهبة من رجلين على أصل أبي حنيفة عليه الرحمة أنها غير جائزة، لأن الهبة تمليك، وتمليك شيء واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال محال، والعاقل لا يقصد بتصرفه المحال.

فأما الرهن فحبس ولا استحالة في كون الشيء الواحد محبوساً بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين، غير أنه وإن كان محبوساً بكل واحد من الدينين لكنه لا يكون مضموناً إلا بحصته/ ، حتى لو هلك[ب/٢٠٠/ج] تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لأن المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفياً الدين من مالية الرهن، وانه لا يفي لاستيفاء الدينين، وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما فيسقط من كل واحد منهما بقدره.

وعلى هذا يخرج حبس المبيع بأن اشترى رجلان من رجل شيئاً فأدى أحدهما حصته من الثمن لم يكن له أن يقبض شيئاً من المبيع وكان للبائع أن يحبس كله حتى يستوفي ما على الآخر، لأن كل المبيع محبوس بكل الثمن، فما بقي جزء من الثمن بقي استحقاق حبس كل المبيع.

ولو رهن بيتاً بعينه من دار، أو رهن طائفة معينة من دار جاز لانعدام الشيوع. وعلى هذا الأصل تخرج زيادة الدين على الرهن أنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجملة الكلام في الزيادات: أنها أنواع أربعة: زيادة الرهن وهي نماؤه، كالولد واللبن والتمر والصوف وكل ما هو متولد من الرهن أو في حكم المتولد منه، بأن كان بدل جزء فائت أو بدل ما هو في حكم الجزء، كالأرش والعقر وزيادة الرهن على أصل الرهن، كما إذا رهن بالدين جارية ثم زاد عبداً أو غير ذلك رهناً بذلك الدين، وزيادة الرهن على نماء الرهن، كما إذا رهن بالدين جارية فولدت ولداً ثم ماتت الجارية ثم زاد رهناً على الولد وزيادة الدين على الرهن، كما إذا رهن عبداً بألف ثم إن الراهن استقرض من المرتهن ألفاً أخرى على أن يكون العبد رهنا بالأول والزيادة جميعاً. أما زيادة الرهن فمرهونة عندنا على معنى أنه يثبت حكم الأصل فيها وهو استحقاق الحبس على طريق اللزوم.

وعند الشافعي رحمه الله: ليست بمرهونة أصلاً، والمسألة تأتي في بيان حكم الرهن إن شاء الله تعالى.

وأما زيادة الرهن فجائزة استحسانا.

والقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر رحمه الله، وهو على اختلاف الزيادة في الثمن والمثمن، وقد مرت المسألة في كتاب «البيوع».

وأما زيادة الرهن على نماء الرهن بعد هلاك الأصل فهي موقوفة إن بقي الولد إلى وقت الفكاك جازت الزيادة، وإن هلك لم تجز، لأنها إذا هلكت تبين أنها حصلت بعد سقوط الدين، وقيام الدين شرط صحة الزيادة.

وأما زيادة الدين على الرهن فهي على الاختلاف الذي ذكرنا أنه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: جائزة.

وجه قوله: أن الدين في باب الرهن كالثمن في باب البيع، بدليل أنه لا يصح الرهن إلا بالدين، كما لا يصح البيع إلا بالثمن، ثم هناك جازت الزيادة في الثمن والمثمن جميعاً، فكذا هنا تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعاً، والجامع بين البابين أن الزيادة عندنا تلتحق بأصل العقد كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعاً فيصير كأنه رهن بالدين عبدين ابتداء وذا جائز. كذا هذا.

وجه قولهما: أن هذه الزيادة لو صحت لأوجبت الشيوع في الرهن وأنه يمنع صحة الرهن، ودلالة ذلك أنها لو صحت لصار بعض العبد بمقابلتها فلا يخلو إما أن يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقائه مشغولاً بالأول، وإما أن يفرغ من الأول ويصير مشغولاً بالزيادة، لا سبيل إلى الأول لأن المشغول بشيء لا يحتمل الشغل بغيره، ولا سبيل إلى الثاني لأنه رهن بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما إذا رهن عبداً واحداً بدينين مختلفين لكل واحد منهما بعضه، بخلاف زيادة الرهن على أصل الرهن، لأن الزيادة هناك لا تؤدي إلى شيوع الرهن بل إلى شيوع الدين، لأن قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار كله بمقابلة بعض الدين؛ والعبد والزيادة بمقابلة البعض الآخر فيرجع الشيوع إلى الدين لا إلى الرهن، والشيوع في الدين لا يمنع صحة للرهن وفي الرهن يمنع صحته. ألا ترى لو رهن عبداً بنصف الدين جاز، ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزيادتين.

ولو رهن مشاعاً فقسم وسلم جاز، لأن العقد في الحقيقة موقوف على القسمة، والتسليم بعد القسمة، [أ/٢٠١/ج] فإذا وجد فقد/ زال المانع من النفاذ فينفذ.

ومنها: أن يكون المرهون فارغاً عما ليس بمرهون، فإن كان مشغولاً به بأن رهن داراً فيها متاع الراهن وسلم الدار، أو سلم الدار مع ما فيها من المتاع أو رهن جوالقاً دون ما فيه وسلم الجوالق أو سلمه مع ما فيه لم يجز، لأن معنى القبض هو التخلية الممكنة من التصرف ولا يتحقق مع الشغل.

ولو أخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز وينظر إلى حال القبض لا إلى حال العقد، لأن المانع هو الشغل وقد زال فينفذ كما في رهن المشاع. ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار وخلى بينه وبين الدار جاز، بخلاف ما إذا رهن الدار دون المتاع، لأن الدار تكون مشغولة بالمتاع، فأما المتاع فلا يكونف مشغولاً بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار.

ولو رهن الدار والمتاع والذي فيها صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز الرهن فيهما جميعاً لأنه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعاً، ولو فرق الصفقة بأن رهن أحدهما ثم الآخر فإن جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعاً.

أما في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا أن المتاع لا يكون مشغولاً بالدار، وأما في الدار فلأن المانع وهو الشغل قد زال، وإن فرق بأن رهن أحدهما وسلم ثم رهن الآخر وسلم لم يجز الرهن في الدار وجاز في المتاع، سواء قدم أو أخر بخلاف الهبة فإن هناك يراعي فيه الترتيب إن قدم هبة الدار لم تجز الهبة في الدار

وجازت في المتاع كما في الرهن، وإن قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعاً.

أما في المتاع فلأنه غير مشغول بالدار، وأما في الدار فلأنها وإن كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وهنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق. ولو رهن داراً والراهن والمرتهن في جوف الدار، فقال الراهن: سلمتها إليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم، لأن معنى التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد من تسليم جديد بعد الخروج منها، ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقي الحلم عنها ثم يسلمها إلى المرتهن.

ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها إليه كان رهناً تاماً في الحمل لأن الدابة مشغولة بالحمل أما الحمل فليس مشغولاً بالدابة كما في رهن الدار التي فيها المتاع بدون المتاع، ورهن المتاع الذي في الدار بدون الدار. ولو رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في رأسها أو رسناً في رأسها فدفع إليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهناً حتى ينزعه من رأس الدابة ثم يسلم، بخلاف ما إذا رهن متاعاً في الدار، لأن السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنها بدون الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر، بخلاف المتاع فإنه ليس تبعاً للدار، ولهذا قالوا: لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك في الرهن بحكم التبعية.

وعلى هذا يخرج ما إذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها، أو بهيمة واستثنى ما في بطنها أنه لا يجوز الاستثناء ولا العقد. أما الاستثناء فلأنه لو جاز لكان المرهون مشغولاً بما ليس بمرهون، وأما العقد فلأن استثناء ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد. والرهن تبطله الشروط الفاسدة، كالبيع بخلاف الهبة ولو أعتق ما في بطن جاريته ثم رهن الأم أو دبر ما في بطنها ثم رهن الأم فالكلام فيه كالكلام في الهبة، وقد مر الكلام في الهبة.

ومنها: أن يكون المرهون منفصلاً متميزاً عما ليس بمرهون، فإن كان متصلاً به غير متميز عنه لم يصح قبضه، لأن قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به غير مرهون فأشبه رهن المشاع.

وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا رهن الأرض بدون البناء أو بدون الزرع والشجر، أو الزرع والشجر بدون الأرض، أو الشجر بدون الثمر أو الثمر بدون الشجر إنه لا يجوز، سواء سلم المرهون بتخلية الكل أو لا، لأن المرهون/ متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض. [ب/٢٠١/ج]

ولو جد الثمر وحصد الزرع وسلم منفصلاً جاز، لأن المانع من النفاذ قد زال. ولو جمع بينهما في عقد الرهن فرهنهما جميعاً وسلم متفرقاً جاز، وإن فرق الصفقة بأن رهن الزرع ثم الأرض أو الأرض ثم الزرع ينظر إن جمع بينهما في التسليم جاز الرهن فيهما جميعاً، وإن فرق لا يجوز فيهما جميعاً، سواء قدم أو أخر بخلاف الفصل الأول، لأن المانع في الفصلين مختلف فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وإنه لا يختلف، والمانع من صحة القبض في الفصل الأول هو الشغل وإنه يختلف.

مثال هذا إذا رهن نصف داره مشاعاً من رجل ولم يسلم إليه حتى رهنه النصف الباقي وسلم الكل إنه يجوز، ولو رهن النصف وسلم ثم رهن النصف الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا.

وعلى هذا إذا رهن صوفاً على ظهر غنم بدون الغنم أنه لا يجوز لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض، ولو جزه وسلمه جاز لأن المانع قد زال، وعلى هذا أيضاً إذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل لا يجوز.

ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغة جاز لما قلنا، بخلاف ما إذا رهن ما في بطن جاريته أو ما في بطن غنمه أو ما في ضرعها، أو رهن سمناً في لبن أو دهناً في سمسم أو زيتاً في زيتون أو دقيقاً في حنطة أنه يبطل، وإن سلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك فقبض لأن العقد هناك لم ينعقد أصلاً لعدم المحل لكونه مضافاً إلى المعدوم، ولهذا لم ينعقد البيع المضاف إليها فكذا الرهن أما هنا فالعقد منعقد موقوف نفاذه على صحة التسليم بالفصل والتمييز فإذا وجد فقد زال المانع.

ولو رهن الشجر بمواضعه من الأرض جاز، لأن قبضه ممكن. ولو رهن شجراً وفيه ثمر لم يسمه في الرهن دخل في الرهن، بخلاف البيع أنه لا يدخل الثمر في بيع الشجر من غير تسمية لأنه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض، ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحاً له، بخلاف البيع فإنه يصح في الشجر بدون الثمر، ولا ضرورة إلى إدخال الثمر للتصحيح.

ولو قال: رهنتك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا الكرم وأطلق القول ولم يخص شيئاً دخل فيه كل ما كان متصلاً به من البناء والغرس، لأن ذلك يدخل في البيع مع أن القبض ليس من شرط صحته فلأن يدخل في الرهن أولى إلا أنه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل في البيع لما ذكرنا، بخلاف المتاع أنه لا يدخل في رهن الدار، ويدخل الثمر في رهن الشجر، لأن الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار.

ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر إلى الباقي إن كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء لا يفسد الرهن فيه، وإن كان مما لا يجوز رهنه ابتداء فسد الرهن في الكل، لأنه لما استحق بعضه تبين أن العقد لم يصح في القدر المستحق وأنه لم يقع إلا على الباقي، فكأنه رهن هذا القدر ابتداء، فينظر فيه إن كان محلاً لابتداء الرهن يبقى الرهن فيه وإلا فيفسد في الكل. كما لو رهن هذا القدر ابتداء. إلا أنه إذا بقي الرهن فيه يبقي بحصته، حتى لو هلك الباقي يهلك بحصته من الدين، وإن كان في قيمته وفاء بجميع الدين، ولا يذهب جميع الدين، وإذا رهن الباقي ابتداء وفيه وفاء بالدين فهلك يهلك بجميع الدين، وإن شئت أن تجعل الحيازة شرطاً مفرداً وخرجت المشاع على هذا الأصل لأنه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تخريجه عليه مستقيماً فافهم.

ومنها: أهلية القبض وهي العقل لأنه يثبت به أهلية الركن وهو الإيجاب والقبول فلأن تثبت به أهلية الشرط أولى.

وأما تفسير القبض: فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من إثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وإنه [أ/٢٠٢/ج] يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن. فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً، وهذا/ جواب ظاهر الرواية وري عن أبي يوسف: أنه يشترط معه النقل والتحويل، فما لم يوجد لا يصير قابضاً.

وجه هذه الرواية: أن القبض شرط صحة الرهن، قال الله تبارك وتعالى: ﴿فرهانٌ مقبُوضَةٌ﴾ ومطلق

القبض ينصرف إلى القبض الحقيقي، ولا يتحقق ذلك إلا بالنقل، فأما التخلي فقبض حكماً لا حقيقة فلا يكتفى به، وجه ظاهر الرواية: أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض في العرف والشرع. أما العرف فإن القبض يرد على ما لايحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار، يقال: هذه الأرض أو هذه القرية أو هذه الولاية في يد فلان فلا يفهم منه إلا التخلي وهو التمكن من التصرف.

وأما الشرع فإن التخلي في باب البيع قبض بالإجماع من غير نقل وتحويل دل أن التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به.

وأما بيان أنواع القبض فنقول وبالله التوفيق:

القبض نوعان: نوع بطريق الأصالة ونوع بطريق النيابة، أما القبض بطريق الأصالة فهو أن يقبض بنفسه لنفسه.

وأما القبض بطريق النيابة فنوعان: نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض.

أما الذي يرجع إلى القابض: فنحو قبض الأب والوصي عن الصبي، وكذا قبض العبد يقوم مقام قبض المرتهن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لأن نفس القبض مما يحتمل النيابة، ولأن قبض الرهن قبض استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة.

وأما الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن المرهون إذا كان مقبوضاً عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن؟ فالأصل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة إن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى، وقد بينا فقه هذا الأصل وفروعه فيما تقدم، وإن شئت عددت الحيازة والفراغ والتمييز من شرائط نفس العقد فقلت: ومن شرائط صحة العقد أن يكون المرهون محوزاً عندنا وبنيت المشاع عليه، وإن شئت قلت: ومنها: دوام القبض عندنا، وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط وبنيت عليه المشاع ولنا في إثبات هذا الشرط دليلان:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿فرِهَانٌ مقْبُوضَةٌ﴾[1] أخبر الله سبحانه وتعالى أن المرهون مقبوض فيقتضي كونه مقبوضاً ما دام مرهوناً، لأن إخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلف، والشيوع يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن.

والثاني: أن الله تبارك وتعالى سماه رهناً، وكذا يسمى رهناً في متعارف اللغة والشرع، والرهن حبس في اللغة، قال الله تبارك وتعالى: ﴿كلُّ نفسٍ بِمَا كَسَبَتْ رهينَةٌ﴾[2] أي حبيسة بكسبها، فيقتضي أن يكون محبوساً ما دام مرهوناً، والشياع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن. وسواء كان فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتملها، لأن الشيوع يمنع إدامة القبض فيهما جميعاً، وسواء كان الشيوع مقارناً أو طارئاً في ظاهر الرواية، لأن كل ذلك يمنع دوام القبض، وسواء كان الرهن من أجنبي أو من شريكه، لأنه لو جاز لأمسكه

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٣).
(٢) سورة المدثر، الآية: (٣٨).

الشريك يوماً بحكم الملك ويوماً بحكم الرهن فتختلف جهة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى، ويصير كأنه رهنه يوماً، ويوماً لا وذا لا يجوز وعلى هذا أيضاً يخرج رهن ما هو متصل بعين ليس بمرهون، لأن اتصاله بعين المرهون يمنع من إدامة القبض عليه وإنه شرط جواز الرهن. ومنها أن يكون فارغاً ما ليس بمرهون، ومنها أن يكون منفصلاً مميزاً عما ليس بمرهون وخرجت على كل واحد منهما مسائله التي ذكرنا فافهم.

وأما الذي يرجع إلى المرهون به فأنواع: منها أن يكون مضموناً، والكلام في هذا الشرط يقع في موضعين:

أحدهما: في أصل اشتراط الضمان.

والثاني: في صفة المضمون.

أما الأول فأصل الضمان هو كون المرهون به مضموناً شرط جواز الرهن لأن المرهون عندنا مضمون بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه أو بمعنى استيفاء الواجب، ولسنا نعني بالمضمون سوى أن يكون واجب/ [ب/٢٠٢/ج] التسليم على الراهن، والمضمون نوعان: دين وعين. أما الدين فيجوز الرهن به بأي سبب وجب من الإتلاف والغصب والبيع ونحوها، لأن الديون كلها واجبة على اختلاف أسباب وجوبها فكان الرهن بها رهناً بمضمون فيصح، وسواء كان مما يحتمل الاستبدال قبل القبض أو لا يحتمله، كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه، وهذا عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: لا يجوز الرهن بهذه الديون.

وجه قوله: أن سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال على معنى أن عين الدين تصير بدلاً عن الدين لا بطريق الاستيفاء، لأن الاستيفاء لا يتحقق إلا عند المجانسة، والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يكون القول بالسقوط بطريق الأستيفاء، فتعين أن يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن بما يحتمل الاستبدال، وهذه الديون كما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها.

ولنا: أن السقوط بطريق الاستيفاء لما نذكر في حكم الرهن إن شاء الله تعالى، واستيفاء هذه الديون ممكن.

وأما قوله: الاستيفاء يستدعي المجانسة، قلنا: المجانسة ثابتة من وجه، لأن الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته، والأموال كلها فيما يرجع إلى معنى المالية جنس واحد، وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في إتلاف ما لا مثل له من جنسه، وقد تحققت الضرورة في باب الرهن لحاجة الناس إلى توثيق ديونهم من جانب الاستيفاء فأمكن القول بالاستيفاء، وإذا جاز الرهن بهذه الديون فإن هلك الرهن في المجلس تم الصرف والسلم، لأنه صار مستوفياً عين حقه في المجلس لا مستبدلاً، وإن لم يملك حتى افترقا بطلا لفوات شرط البقاء على الصحة وهو القبض في المجلس.

وأما العين فنقول: لا خلاف في أنه لا يجوز الرهن بالعين التي هي أمانة في يد الراهن كالوديعة والعارية ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستأجر ونحوها فإنها ليست بمضمونة أصلاً.

وأما العين المضمونة فنوعان: نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب مثله عند هلاكه إن كان له مثل وقيمته إن لم يكن له مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج، وبدل الخلع في يد المرأة، وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة، ولا خلاف في أنه يجوز الرهن به، وللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يسترد العين، فإن هلك المرهون في يده قبل استرداد العين والعين قائمة يقال للراهن: سلم العين إلى المرتهن وخذ منه الأقل من قيمة الرهن ومن الدين، لأن المرهون عندنا مضمون بذلك فإذا وصل إليه العين يجب عليه رد قدر المضمون إلى الراهن، فإن هلكت العين والرهن قائم صار الرهن بها رهناً بقيمتها، حتى لو هلك الرهن بعد ذلك يهلك مضموناً بالأقل من قيمته وقيمة العين، لأن قيمة العين بدلها، وبدل الشيء قائم مقامه كأنه هو.

وأما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه، كالمبيع في يد البائع ليس هو مضموناً بنفسه، ألا ترى أنه لو هلك في يده لا يضمن شيئاً بل هو مضمون بغيره وهو الثمن، حتى يسقط الثمن المشتري إذا هلك، فهل يجوز الرهن به؟ ذكر في كتاب الصرف أنه يجوز وله أن يحبسه حتى يقبض المبيع، وإن هلك في يده قبل القبض يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه، وله: أن يقبض المبيع إذا أوفى ثمنه، وعليه أيضاً ضمان الأقل بهلاك الرهن، ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قائم بطل البيع، لأن إهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان المبيع وعلى المشتري أن يرد الرهن على البائع ولو هلك في يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع للبائع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع، لأنه وإن هلك المبيع فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلا يبطل ضمانه.

وروى الحسن عن أبـي حنيفة أنه لا يصح الرهن، وبه أخذ الكرخي.

وجه رواية الحسن/ : أن قبض الرهن قبض استيفاء المرهون ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون [أ/٢٠٣/ج] بغيره، لأن المشتري لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن إنما يسقط عنه الثمن لا غير.

وجه ظاهر الرواية: أن الاستيفاء ههنا يحصل من حيث المعنى، لأن المبيع قبل القبض إن لم يكن مضموناً بالقيمة فهو مضمون بالثمن.

ألا ترى أنه لو هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفياً مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن به.

ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها أو اشترى شيئاً بدراهم بعينها فأعطى بها رهناً لم يجز عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم، وعند زفر يجوز بناءً على أن الدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات، وإن عينت فكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها فلم يكن المعين مضموناً فلم يجز الرهن به وعنده يتعين بالتعيين بمنزلة العوض فكان المعين مضموناً فجاز الرهن به، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس، لأن المكفول به ليس بمضمون على الكفيل، ألا ترى أنه لو هلك لا يجب على الراهن شيء ولا يسقط عن

المرتهن بمقابلته، ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن الشفعة ليست بمضمونة على المشتري، بدليل أنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا يسقط عن المرتهن بشيء بمقابلته فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يجز.

ولا يجوز الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون، لأنه لو هلك لا يجب على المولى شيء ولا يسقط عن المرتهن شيء بمقابلته فلم يكن مضموناً أصلاً فلا يصح الرهن به، ولا يجوز الرهن بأجرة النائحة والمغنية بأن استأجر مغنية أو نائحة وأعطاهما بالأجرة رهناً، لأن الإجارة لم تصح فلم تجب الأجرة فكان رهناً بما ليس بمضمون فلم يجز.

ولو دفع إلى رجل رهناً ليقرضه فهلك الرهن قبل أن يقرضه يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومما سمى من القرض، وإن حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون، لأنه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن على جهة الضمان، والمقبوض على جهة شيء كالمقبوض على حقيقته في الشرع، كالمقبوض على سوم الشراء.

وأما صفة المضمون فنوعان:

أحدهما: متفق عليه.

والثاني: مختلف فيه.

أما المتفق عليه هو أن يكون مضموناً في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضموناً في الثاني كالرهن بالدرك بأن باع شيئاً وقبض الثمن وسلم المبيع إلى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق فأخذ بالثمن من البائع رهناً قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس، سواء وجد الدرك أو لم يوجد، ولو هلك يهلك أمانة، سواء وجد الدرك أو لم يوجد، وكذا إذا ارتهن بما يثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فإن الكفالة بما يصير مضموناً في الثاني جائزة كما إذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لأن الارتهان استيفاءٌ من وجه للحال ولا شيء للحال يستوفى. واستيفاء المعدوم محال بخلاف الكفالة. ولأن الرهن والارتهان لما كان من باب الإيفاء والاستيفاء أشبه البيع فلا يحتمل الإضافة إلى المستقبل كالبيع، ولأن القياس يأبى جوازهما جميعاً، لأن كل واحد منهما يستدعي مضموناً، إلا أن الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الأمر فيه على أصل القياس، وبخلاف ما إذا دفع إلى إنسان رهناً ليقرضه أن الرهن يكون مضموناً وإن كان ذلك رهناً بما ليس بمضمون في الحال لأن له حكم المضمون وإن لم يكن مضموناً حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان، والمقبوض على جهة شيء بمنزلة المقبوض على حقيقة كالمقبوض على سوم الشراء ولم يوجد هنا. ولو قال لآخر: ضمنت لك مالك على فلان إذا حل يجوز أخذ الكفيل والرهن به.

ولو قال: إذا قدم فلان فأنا ضامن مالك عليه لم يجز أخذ الرهن به ويجوز أخذ الكفيل.

والفرق: أن في المسألة الأولى الكفالة والرهن كل واحد منهما أضيف إلى مضمون في الحال، لأن الدين المؤجل واجب قبل حلول الأجل على طريق التوسع وإنما تأثير التأجيل في تأخير المطالبة بخلاف الرهن بضمان الدرك لأنه لا مضمون هنالك للحال ولا ماله حكم المضمون، بخلاف ما إذا قال: إذا قدم

فلان فأنا/ ضامن مالك عليه، لأن ذلك تعليق الضمان بقدوم فلان فكان عدماً قبل وجود الشرط فلم توجد [ب/٠٣ الإضافة إلى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة، لأنها لا تستدعي مضموناً في الحال بل في الجملة على ما مر.

وأما المختلف فيه فهو أن الشرط كونه مضموناً ظاهراً وباطناً، أو كونه مضموناً من حيث الظاهر يكفي لجواز الرهن.

ذكر محمد في «**الجامع**» ما يدل على أن كونه مضموناً في الظاهر كاف ولا يشترط كونه مضموناً حقيقة، فإنه قال: إذا ادعى على رجل ألفاً وهي قرض عليه فجحدها المدعى عليه ثم إنه صالح المدعي من ذلك على خمسمائة وأعطاه بها رهناً يساوي خمسمائة ثم تصادقا على أن ذلك المال كان باطلاً وإنه لم يكن للمدعى عليه شيء ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن أن يرد على الراهن خمسمائة، لأن الدين كان ثابتاً على الراهن من حيث الظاهر. ألا ترى أنهما لو اختصما إلى القاضي قبل أن يتصادقا أن القاضي يجبر المدعى عليه على إيفاء الخمسمائة فكان هذا رهناً بما هو مضمون ظاهراً فيصح. يدل عليه أن الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا، فلأن يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر أولى.

وروي عن أبي يوسف أنه لا يضمن شيئاً لأنهما لما تصادقا على أنه لم يكن عليه شيء تبين أن الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلاً فلم يصح، وكذا ذكر في الجامع إذا اشترى من رجل عبداً بألف درهم وقبض العبد وأعطاه بالألف رهناً يساوي ألفاً فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت البينة على أن العبد حر أو استحق العبد من يده يهلك مضموناً لأن الألف كانت مضمونة على الراهن ظاهراً فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز، وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم أو اشترى دناً من خل وأعطاه بالثمن رهناً فهلك الرهن ثم علم أن الشاة ميتة والخل خمر فالرهن مضمون لما قلنا، وكذا لو قتل عبد إنسان خطأ وأعطاه بقيمته رهناً ثم علم أن العبد حر كان المرهون مضموناً بالأقل من قيمته ومن قيمة العبد لما ذكرنا.

وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف ينبغي أن لا يضمن في هذه المسائل أيضاً، لأنه تبين أن الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح. ولو ادعى المستودع أو المضارب هلاك الوديعة أو المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال وأخذ رب المال بالمال رهناً من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا على أن الوديعة هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد، وعند أبي يوسف لا يضمن، وهذا الاختلاف بناءً على اختلافهما في صحة الصلح، فعند محمد لما صح الصلح كان رهناً بمضمون من حيث الظاهر فيصح، وعند أبي يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح، ومنها أن يكون محتملاً للاستيفاء من الرهن، فإن لم يحتمل لم يصح الرهن به، لأن الارتهان استيفاء.

وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها أنه لا يجوز لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن، ويجوز الرهن بأرش الجناية، لأن استيفاءه من الرهن ممكن فصح الرهن به.

وعلى هذا أيضاً يخرج الرهن بالشفعة أنه لا يصح لأن حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن فلم يصح الرهن به.

وعلى هذا أيضاً يخرج الرهن بالكفالة بالنفس فإنه لا يجوز لأن المكفول به مما لا يحتمل الاستيفاء من الرهن.

فصل: وأما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق: الرهن نوعان صحيح وفاسد، أما الأول: فله أحكام بعضها يتعلق بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق بحال هلاكه أما الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة. الأول ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك أو ملك العين في حق الحبس على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك، وكون المرتهن أحق بحبس المرهون على سبيل اللزوم إلى وقت الفكاك والعبارات متفقة المعاني في متعارف الفقهاء.

[أ/٢٠٤/ج] **والثاني:** اختصاص المرتهن ببيع المرهون أو اختصاصه بثمنه، وهذان/ الحكمان أصليان للرهن عندنا.

والثالث: وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك، وقال الشافعي رحمه الله: الحكم الأصلي للرهن واحد وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء. فأما حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى إن المرهون إن كان شيئاً يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فإذا فرغ من الانتفاع رده إليه، وإن كان شيئاً لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه، كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يده. احتج بما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لاَ يُغْلَقُ الرهنُ لا يُغْلَقُ الرهنُ لاَ يُغْلَقُ الرهنُ هو لصاحبه الذي رَهَنَه له غُنْمه وعليه غُرْمُه**»[1].

أخبر عليه الصلاة والسلام أن الرهن لا يغلق أي لا يحبس وعندكم يحبس فكان حجة عليكم، وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن إلى الراهن بلام التمليك وسماه صاحباً له على الإطلاق فيقتضي أن يكون هو المالك للرهن مطلقاً رقبة وانتفاعاً وحبساً، ولأن الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام يضاد معنى الوثيقة لأنه يكون في يده دائماً وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهيناً للدين لا توثيقاً له، ولأن فيما قلتم تعطيل العين المنتفع بها في نفسها من الانتفاع، لأن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلاً والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان تعطيلاً، والتعطيل تسييب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله: ﴿**ما جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بحيرةٍ ولا سَائِبَةٍ**﴾[2].

ولنا: قوله تعالى: ﴿**وإنْ كُنتُم على سَفَرٍ ولَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فرِهانٌ مَقْبُوضَةٌ**﴾[3] أخبر الله تعالى بكون

(١) أخرجه الشافعي في «ترتيب المسند» (٢/١٦٣، ١٦٤) كتاب الرهن رقم (٥٦٧، ٥٦٩) والدارقطني في «السنن» كتاب البيوع (٣/ ٣٢).
والحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥١) كتاب البيوع.
والبيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الرهن باب غير مضمون.
وابن حبان في «صحيحه» (٥٩٣٤) كتاب الرهن باب ذكر ما يحكم للراهن والمرتهن في الرهن إذا كان حيواناً.
وأبو داود في «المراسيل» كتاب الرهن رقم (١٦٣، ١٦٤).
(٢) سورة المائدة، الآية: (١٠٣).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٨٣).

الرهن مقبوضاً، وإخباره سبحانه وتعالى لا يحتمل الخلل فاقتضى أن يكون المرهون مقبوضاً ما دام مرهوناً، ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام لم يكن محبوساً على الدوام فلم يكن مرهوناً، ولأن الرهن في اللغة عبارة عن الحبس، قال الله عز وجل: ﴿كلُّ امرىءٍ بِمَا كسب رهينٌ﴾[1] أي حبيس، فيقتضي أن يكون المرهون محبوساً ما دام مرهوناً، ولأن الله تعالى لما سمى العين التي ورد العقد عليها رهناً وأنه ينبىء عن الحبس لغة كان ما دل عليه اللفظ لغة حكماً له شرعاً، لأن للأسماء الشرعية دلالات على أحكامها، كلفظ الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولأن الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم أن يكون حكمه ما يقع به التوثيق للدين كالكفالة، وإنما يحصل التوثيق إذا كان يملك حبسه على الدوام لأنه يمنعه عن الانتفاع فيحمله ذلك على قضاء الدين في أسرع الأوقات، وكذا يقع الأمن عن تواء حقه بالجحود والإنكار على ما عرف، ولا حجة له في الحديث، لأن معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يُغْلَقُ الرَّهْن»[2] أي لا يملك بالدين. كذا قاله أهل اللغة: غلق الرهن أي ملك بالدين وهذا كان حكماً جاهلياً فرده رسول الله ﷺ.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «هُوَ لِصَاحِبِهِ الَّذي رَهَنَهُ»[3] تفسير لقوله لا يغلق الرهن.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «لَهُ غنمه» أي زوائده «وعليهِ غرمه»[4] أي نفقته وكنفه.

وقوله: إن ما شرع له الرهن لا يحصل بما قلتم لأنه يتوي حقه بهلاك الرهن قلنا: على أحد الطريقين لا يتوي بل يصير مستوفياً، والاستيفاء ليس بهلاك الدين.

وأما على الطريق الآخر فالهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون، وإذا هلك فالهلاك ليس يضاف إلى حكم الرهن لأن حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس. وقوله: فيه تسييب ممنوع فإن بعقد الرهن مع التسليم يصير الراهن موفياً ديناً في حق الحبس، والمرتهن يصير مستوفياً في حق الحبس والإيفاء والاستيفاء من منافع الرهن، وإذا عرف حكم الرهن في حال قيامه فيخرج عليه المسائل المتعلقة به.

أما على الحكم الأول وهو ملك الحبس فالمسائل المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفيته. أما الذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق:

ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداماً وركوباً ولبساً وسكنى وغير ذلك لأن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام، وهذا يمنع الاسترداد/ والانتفاع، وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير إذنه لما [ب/٢٠٤/ج] فيه من إبطال حقه من غير رضاه، ولو باعه توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن إن أجاز جاز، لأن عدم النفاذ لمكان حقه فإذا رضي ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهناً، سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهناً أو لا في جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يكون رهناً إلا بالشرط لأن الثمن ليس بمرهون حقيقة، بل المرهون هو

(١) سورة الطور، الآية: (٢١).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) تقدم تخريجه.

المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع، إلا أنه إذا شرط عند الإجازة أن يكون مرهوناً فلم يرض بزوال حقه عنه إلا ببدل، وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلاً.

وجه ظاهر الرواية: أن الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه. وبه تبين أنه ما زال حقه بالبيع، لأنه زال إلى خلف، والزائل إلى خلف قائم معنى فيقام الخلف مقام الأصل، وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه لأنه يقوم مقام ما كان مقبوضاً، وإن رده بطل لما قلنا، وليس له أن يهبه من غيره أو يتصدق به على غيره بغير إذنه لما ذكرنا، ولو فعل توقف على إجازة المرتهن إن رده بطل، وله أن يعيده رهناً، وإن أجازه جازت الإجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لأنه زال عن ملكه لا إلى خلف بخلاف البيع، وليس له أن يؤاجره من أجنبي بغير إذن المرتهن، لأن قيام ملك الحبس له يمنع الإجازة، ولأن الإجازة بعقد الانتفاع وهو لا يملك الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره، ولو فعل وقف على إجازته فإن رده بطل وإن أجاز جازت الإجازة لما قلنا وبطل عقد الرهن لأن الإجازة إذا جازت وإنها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والأجرة للراهن لأنها بدل منفعة مملوكة له، وولاية قبض الأجرة له أيضاً لأنه هو العاقد، ولا تكون الأجرة رهناً، لأن الأجرة بدل المنفعة، والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهوناً.

فأما الثمن في باب البيع فبدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهوناً وكذلك لو آجره من المرتهن صحت الإجارة وبطل الرهن إذا جدد المرتهن القبض للإجارة. أما صحة الإجارة وبطلان الرهن فلما ذكرنا، وأما الحاجة إلى تجديد القبض فلأن قبض الرهن دون قبض الإجارة فلا ينوب عنه.

ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الإجارة أو بعد انقضائها يهلك أمانة إن لم يوجد منع من الراهن، وإن منعه الراهن ثم هلك بعد انقضاء مدة الإجارة ضمن كل قيمته لأنه صار غاصباً بالمنع وليس له أن يعيره من أجنبي بغير إذن المرتهن لما ذكرنا، فلو أعار وسلم فللمرتهن أن يبطل الإعارة ويعيده رهناً، وإن أجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمانه، وكذا إذا أعاره بإذن المرتهن بخلاف ما إذا آجره فأجاز المترهن أو آجره بإذنه أنه يبطل الرهن، لأن الإجارة عقد لازم، ألا ترى أن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها بطلان الرهن.

فأما الإعارة فليست بلازمة لأن للمعير ولاية الاسترداد في أي وقت شاء فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن، إلا أنه يبطل ضمان الرهن لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى.

وكذا ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون، حتى لو كان الرهن عبداً ليس له أن يستخدمه، وإن كان دابة ليس له أن يركبها، وإن كان ثوباً ليس له أن يلبسه وإن كان داراً ليس له أن يسكنها، وإن كان مصحفاً ليس له أن يقرأ فيه، لأن عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع. فإن انتفع به فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته لأنه صار غاصباً، وليس له أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن، لأن الثابت له ليس إلا ملك الحبس، فأما ملك العين فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملكه المرتهن من غير إذن الراهن، ولو باع من غير إذنه وقف على إجازته فإن أجازه جاز وكان الثمن رهناً. وكذا إذا باع بإذنه جاز وكان ثمنه رهناً، سواء قبضه من المشتري أو لم يقبضه، ولو هلك كان الهلاك على المرتهن، وهذا يشكل على / الشرط الذي ذكرنا لجواز [٢٠٥/أ ج]

الرهن، وهو أن لا يكون المرهون ديناً والثمن ديناً في ذمة المشتري فكيف يصلح رهناً.

والجواب: أن الدين يصلح رهناً في حال البقاء وإن كان لا يصلح ابتداء، لأنه في حالة البقاء بدل المرهون، وبدل المرهون مرهون لأنه قائم مقام المرهون كأنه هو بخلاف حالة الابتداء، وإن رد بطل وعاد المبيع رهناً كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الإجازة لم يجز الإجازة، لأن قيام المعقود عليه شرط صحة الإجازة، والراهن بالخيار إن شاء ضمنّ المرتهن وإن شاء ضمن المشتري لأن كل واحد منهما صار غاصباً للمرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض فإن ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهناً لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لأنه بدل ملكه والضمان يكون رهناً لأنه بدل المرهون فيكون مرهوناً.

وقيل: إنما يجوز البيع بتضمين المرتهن إذا سلم الرهن إلى المشتري أولاً ثم باعه منه فأما إذا باعه ثم سلمه فإنه لا يجوز، لأن سبب ثبوت الملك هو التسليم، لأنه سبب وجوب الضمان، وملك المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع، كما إذا باع مال غيره بغير إذنه ثم اشتراه منه أنه لا يجوز بيعه كذا هذا، وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل.

ولو ضمن المشتري بطل البيع، لأن بتضمين المشتري لم يتبين أن المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهناً لأنه بدل المرهون ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأن البيع لم يصح، وليس له أن يرجع بالضمان عليه وليس له أن يهبه أو يتصدق به بغير إذن الراهن لأن الهبة والتصدق تمليك العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكها كما لا يملك البيع فإن فعل وقف على إجازة الراهن إن أجاز جاز وبطل الرهن، وإن رد عاد رهناً كما كان. ولو هلك في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الإجازة فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه.

أما المرتهن: فلا شك فيه لأنه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه.

وأما الموهوب له والمتصدق عليه فلأن الرجوع بالضمان بحكم الضرر وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والإجارة، وليس له أن يؤاجره من غير الراهن بغير إذنه، لأن الإجارة تمليك المنفعة، والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يمكلها من غيره، فإن فعل وقف على إجازة الراهن، فإن أجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الأجرة للراهن ولا تكون رهناً لما مر وولاية قبضها للمرتهن، لأن القبض من حقوق العقد والعاقد هو المرتهن ولا يعود رهناً إذا انقضت مدة الإجارة، لأن العقد قد بطل فلا يعود إلا بالاستئناف، وإن رد بطل وأعاده رهناً كما كان.

ولو أجره بغير إذن الراهن وسلمه إلى المستأجر فهلك في يده فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر وإن شاء ضمن المستأجر لوجوب سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض، غير أنه إن ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر لكنه يرجع عليه بأجرة قدر المستوفى من المنافع إلى وقت الهلاك لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه فصح وكانت الأجرة له

لأنها بدل منفعة مملوكة له إلا أنها لا تطيب له، وإن ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن لأنه صار مغروراً من جهته فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا أجرة عليه لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان.

ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهناً كما كان، لأنه لما استرده فقد عاد إلى الوفاق بعدما خالف فأشبه المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق والأجر للمرتهن لكن لا يطيب له كالغاصب إذا آجر المغصوب وليس له أن يعير الرهن من غير الراهن بغير إذنه/ [ب/٢٠٥/ج] لما ذكرنا في الإجارة. فإن أعاره وسلمه إلى المستعير فللراهن أن يبطل الإعارة فإن هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن وإن شاء ضمن المستعير، وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهناً.

أماعدم الرجوع على المرتهن فلأنه ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه. وأما المستعير فلأن الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الإجارة. وأما كون الضمان رهناً فلأنه بدل المرهون فيكون مرهوناً، وإن سلم واسترده من المستعير عاد رهناً كما كان، لأنه عاد إلى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم. ولو أعاره بإذن الراهن أو بغير إذنه وأجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن لما نذكر بخلاف الإجارة فإنها تبطل الرهن، وقد مر الفرق، وليس له أن يرهنه بغير إذن الراهن لأنه لم يرض بحبس غيره، فإن فعل فللراهن الأول أن يبطل الرهن الثاني ويعيده إلى يد المرتهن الأول، لأن الرهن الثاني لم يصح فلو هلك في يد المرتهن الثاني قبل الإعادة إلى الأول، فالراهن الأول بالخيار إن شاء ضمن المرتهن الأول وإن شاء ضمن المرتهن الثاني، فإن ضمن المرتهن الأول جاز الرهن الثاني لأنه ملكه المرتهن الأول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه.

ولو هلك في يد المرتهن الثاني يهلك بالدين فكان ضمانه رهناً لأنه بدل المرهون، وإن ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهناً على المرتهن الأول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الأول بما ضمن وبدينه.

أما الرجوع بالضمان فلأنه صار مغروراً من جهته فيرجع عليه. وأما الرجوع بدينه فلأن الرهن الثاني لم يصح فيبقى دينه عليه كما كان، وإن رهن عند الثاني بإذن الراهن الأول جاز الرهن الثاني وبطل الرهن الأول.

أما جواز الرهن الثاني فلأن المانع من الجواز قد زال بإذن الراهن الأول فإذا أجاز الثاني بطل الأول ضرورة وصار كأن المرتهن الأول استعار مال الراهن الأول ليرهنه بدينه فرهنه، وليس له أن يودعه عند أجنبي ليس في عياله لأن الراهن لم يرض إلا بيده أو بيد من يده في معنى يده، ويد الأجنبي الذي ليس في عياله ليست في معنى يده، فإن فعل وهلك في يد المودع ضمن كل قيمته لأنه صار غاصباً بالإيداع، وله أن يدفعه إلى من هو في عياله كزوجته وخادمه وأجيره الذي يتصرف في ماله، لأن يد هؤلاء كيده، ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم، فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده، والأصل في هذا أن للمرتهن أن يفعل في الرهن ما يعد حفظاً له، وليس له أن يفعل ما يعد استعمالاً له وانتفاعاً به.

وعلى هذا يخرج ما إذا ارتهن خاتماً فجعله في خنصره فهلك ضمن كل قيمته لأن التختم بالخنصر مما

يتجمل به عادة فكان استعمالاً له، وهو مأذون في الحفظ لا في الاستعمال، ويستوي فيه اليمنى واليسرى لأن الناس يختلفون في التجمل بهذا النوع، منهم من يتجمل بالتختم في اليمنى، ومنهم من يتجمل به في اليسرى فكان كل ذلك استعمالاً.

ولو جعله في بقية الأصابع فهلك يهلك هلاك الرهن لأن التختم بها غير معتاد فكان حفظاً لا استعمالاً.

ولو لبس خاتماً فوق خاتم فهلك يرجع فيه إلى العرف والعادة، فإن كان اللابس ممن يتجمل بخاتمين يضمن لأنه مستعمل له، وإن كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لأنه حافظ إياه.

ولو رهنه سيفين فتقلد بهما يضمن، ولو كانت السيوف ثلاثة فتقلد بها لم يضمن لأن التقلد بسيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال.

فأما بالثلاثة فليس بمعناه فكان حفظاً لا استعمالاً، وإن كان الرهن طيلساناً أو قباء فلبسه لبساً معتاداً يضمن، وإن جعله على عاتقه فهلك يهلك رهناً، لأن الأول استعمال والثاني حفظ، وله أن يبيع ما يخاف عليه الفساد بإذن القاضي لأن بيع ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله أن يبيعه لكن بإذن القاضي له، لأن له ولاية في مال غيره في الجملة، فإن باع بغير إذنه ضمن لأنه لا ولاية له عليه،/ [٢٠٦/أ/ج] وإذا باع بأمر الحاكم كان ثمنه رهناً في يده لأنه بدل المرهون فيكون رهناً، وله أن يطالب الراهن بإيفاء الدين مع قيام عقد الرهن إذا لم يكن الدين مؤجلاً، لأن الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بإيفاء الدين.

ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال الراهن: بعه واستوف حقك، فقال المرتهن لا أريد البيع ولكن أريد حقي فله ذلك لأن الرهن وثيقة وبالبيع يخرج عن كونه رهناً فيبطل معنى الوثيقة فله أن يتوثق باستيفائه إلى استيفاء الدين.

ولو قال الراهن للمترهن: إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فهو لك بدينك أو بيع بحقك لم يجز وهو رهن على حاله، لأن هذا تعليق التمليك بالشرط وأنه لا يتعلق بالشرط، وليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبي حنيفة عليه الرحمة، وعندهما له أن يبيعه عليه، وهي مسألة الحجر على الحر، وقد ذكرناها في كتاب الحجر. وكذلك ليس للعدل أن يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك. والكلام في العدل في ثلاثة مواضع:

أحدها: في بيان ما للعدل أن يفعله في الرهن وما ليس له أن يفعله فيه.

والثاني: في بيان من يصلح عدلاً في الرهن ومن لا يصلح.

والثالث: في بيان ما ينعزل به العدل يخرج عن الوكالة وما لا ينعزل.

أما الأول: فنقول وبالله التوفيق: للعدل أن يمسك الرهن بيده وبيد من يحفظ ماله بيده وليس له أن يدفعه إلى المرتهن بغير إذن الراهن ولا إلى الراهن بغير إذن المرتهن قبل سقوط الدين، لأن كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه حيث وضعاه في يد العدل.

ولو دفعه إلى أحدهما من غير رضا صاحبه فلصاحبه أن يسترده ويعيده إلى يد العدل كما كان. ولو

هلك قبل الاسترداد ضمن العدل قيمته لأنه صار غاصباً بالدفع وليس له أن ينتفع بالرهن ولا أن يتصرف فيه بالإجارة والإعارة والرهن وغير ذلك، لأن الثابت له بالوضع في يده هو حق الإمساك لا الانتفاع والتصرف وليس له أن يبيعه لما قلنا إلا إذا كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن أو متأخراً عنه فله أن يبيعه لأنه صار وكيلاً بالبيع، إلا أن التسليط إذا كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن، وإذا كان متأخراً عن العقد يملك لما ذكرنا وله أن يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها مرهونة تبعاً للأصل، وكذا له أن يبيع ما هو قائم مقام الرهن، نحو إن كان الرهن عبداً فقتله عبد أو فقأ عينه، لأنه إذا قام مقامه جعل كأن الأول قائم، ثم إذا سلطه على البيع مطلقاً فله أن يبيعه بأي جنس كان من الدراهم والدنانير وغيرهما وبأي قدر كان بمثل قيمته أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه وبالنقد والنسيئة عند أبـي حنيفة، وله أن يبيع قبل حلول الأجل، لأن الأمر بالبيع مطلق، وإذا باع كان الثمن رهناً عنده إلى أن يحل الأجل، لأن ثمن المرهون مرهون فإذا حل الأجل أو في دين المرتهن إن كان من جنسه، وإن سلط على البيع عند المحل لم يكن له أن يبيعه قبله لما قلنا.

ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند المحل فله أن يبيعه بجنس المسلم فيه وغيره عند أبـي حنيفة، وعندهما يبيعه بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي مسألة الوكيل بالبيع المطلق أنه يبيع بأي ثمن كان عند أبـي حنيفة، وعند أبـي يوسف ومحمد ليس له أن يبيع بما لا يتغابن الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير، إلا أنهما جوزا ما في مسألة السلم بجنس المسلم فيه، لأن الأمر بالبيع لقضاء الدين من ثمنه والجنس أقرب إلى القضاء منه.

ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فإن نهاه عند عقد الرهن ليس له أن يبيع بالنسيئة لأن التوكيل حصل مقيداً فيلزمه مراعاة القيد متأخراً إذا كان التقييد مفيداً، وهذا النوع من التقييد مفيد.

[ب/٢٠٦/ج] ولو نهاه متأخراً عن العقد لم يصح نهيه لأن/ التقييد المتراخي إبطال من حيث الظاهر كالتخصيص المتراخي عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه فسخاً لا بياناً، وإذا كان إبطالاً لا يملكه الراهن كما لا يملك إبطال الوكالة الثابتة عند العقد بالعزل، ثم إذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهناً لأنه صار ملكاً للمشتري وصار ثمنه هو الرهن لأنه قام مقامه، سواء كان مقبوضاً أو غير مقبوض، حتى لو توى عند المشتري كان على المرتهن ويهلك بالأقل من قدر الثمن ومن الدين ولا ينظر إلى قيمة المبيع بل ينظر إلى الثمن بعد البيع لأن الرهن انتقل إلى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهناً فتعتبر قيمة الرهن ثم إن باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وإن باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لأنه مسلط على بيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه وقضاء الدين من جنسه يكون.

ولو باع العدل الرهن ثم استحق في يد المشتري فللمشتري أن يرجع بالثمن على العدل لأن العاقد هو وحقوق العقد في باب البيع ترجع إلى العاقد، والعدل بالخيار إن شاء يسترد من المرتهن ما أوفاه من الثمن وعاد دينه على الراهن كما كان وإن شاء رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض.

أما ولاية استرداد الثمن من المرتهن فلأن البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين أن قبض الثمن من المرتهن

لم يصح فله أن يسترد منه، وإذا استرده عاد الدين على حاله.

وأما الرجوع بما ضمن على الراهن فله أن يرجع بالعهدة عليه، وإذا رجع عليه مسلم للمرتهن ما قبضه لأنه صح قبضه، هذا إذا سلم الثمن إلى المرتهن، فإن كان هلك في يده قبل التسليم ليس له أن يرجع إلا على الراهن لأنه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه في الأصل لا على غيره، إلا أن له أن يرجع على المرتهن إذا قبض الثمن لما ذكرنا، فإذا لم يقبض وجب العمل بالأصل فيرجع على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ويرجع المرتهن بدينه على الراهن، ولو لم يستحق الرهن ولكن المشتري وجد به عيباً كان له أن يرده على العدل، لأن الرد بالعيب من حقوق البيع وإنما ترجع إلى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي أعطاه، والعدل بالخيار إن كان رده عليه بقضاء القاضي إن شاء رجع على المرتهن إن كان سلم الثمن إليه وإن شاء رجع على الراهن، أما على المرتهن فلأنه إذا رد عليه بعيب بقضاء القاضي فقد انفسخ البيع فكان له أن يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد الرهن المردود رهناً بالدين.

وأما الرجوع على الراهن فلأنه وكله بالبيع فيرجع عليه بالعهدة، وإن كان العدل لم يعط المرتهن الثمن، فإن رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على أحد، وإن كان هلك في يده وضمن في ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا في الاستحقاق، ويكون المردود رهناً كما كان، هذا إذا كان بيع العدل بتسليط مشروط في عقد الرهن، فأما إذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فإن العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سواء قبض المرتهن الثمن أو لم يقبضه، لأنه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله في «الأصل» لأنه عامل له فكان عهدة عمله عليه، إلا أن التسليط إذا كان مشروطاً في العقد يثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فإذا وقع البيع لحقه جاز أن يرجع بالضمان عليه، وإذا لم يكن مشروطاً فيه لم يثبت التعليق فبقي حق الرجوع بالعهدة على الموكل على حكم الأصل، وللعدل أن يبيع الزوائد المتولدة من الرهن لأنها مرهونة تبعاً للأصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق الحبس تبعاً فله أن يبيعها كما له أن يبيع الأصل.

وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بأن قتل الرهن أو فقأ عينه فدفع به للعدل أن يبيعه لأن الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً فصار كأن الأول قائم/ . وللعدل أن يمتنع من البيع، وإذا امتنع لا يجبر عليه إن [أ/٢٠٧/ج] كان التسليط على البيع بعد الرهن. وإن كان في الرهن لم يكن له أن يمتنع عنه، ولو امتنع يجبر عليه لأن التسليط إذا لم يكن مشروطاً في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلاً محضاً بالبيع فأشبه التوكيل بالبيع في سائر المواضع، وإذا كان مشروطاً فيه كان حق المرتهن متعلقاً به فله أن يجبره على البيع لاستيفاء حقه.

وأما بيان من يصلح عدلاً في الرهن ومن لا يصلح، فالمولى لا يصلح عدلاً في رهن عبده المأذون، حتى لو رهن العبد المأذون على أن يضع على يد مولاه لم يجز الرهن، سواء كان على العبد دين أو لم يكن، والعبد يصلح عدلاً في رهن مولاه، حتى لو رهن إنسان شيئاً على أن يضع في يده عبده المأذون يصح الرهن لأن قبض الرهن قبض استيفاء الدين فيصير العدل وكيلاً في استيفاء الدين والمولى لا يصلح وكيل الأجنبي

في استيفاء الدين من عبده، لأن الوكيل من يعمل لغيره واستيفاء الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين، والعبد يصلح وكيل الأجنبي في استيفاء الدين من مولاه لذلك افترقا.

وعن أبي يوسف أن المولى يصلح عدلاً في رهن مكاتبه، والمكاتب يصلح عدلاً في رهن مولاه، لأن المكاتب حر يداً فكان كل واحد منهما أجنبياً عما في يد الآخر، والمكفول عنه لا يصلح عدلاً في رهن الكفيل، وكذا الكفيل لا يصلح عدلاً في رهن المكفول عنه، لأن كل واحد منهما لا يصلح وكيلاً في استيفاء الدين من صاحبه لأنه يعمل لنفسه، أما المكفول عنه فبتفريغ ذمته عن الدين.

وأما الكفيل فبتخليص نفسه عن الكفالة بالدين، وأحد شريكي المفاوضة لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه بدين التجارة، لأن يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما في يد كل واحد منهما كأنه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن وإنه شرط صحة الرهن. وكذا أحد شريكي العنان في التجارة لا يصلح عدلاً في رهن. صاحبه بدين التجارة لما لنا، فإن كان من غير التجارة فهو جائز في الشريكين جميعاً، لأن كل واحد منهما أجنبي عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه، فوجد خروج الرهن من يد الراهن، ورب المال لا يصلح عدلاً في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال، حتى لو رهن المضارب شيئاً من مال المضاربة بدين في المضاربة على أن يضعه على يد رب المال أو رهن رب المال على أن يضعه على يد المضارب لا يجوز الرهن لأن يد المضارب يد لرب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن، والأب لا يصلح عدلاً في رهنه بثمن ما اشترى للصغير، بأن اشترى الأب للصغير شيئاً ورهن بثمن ما اشترى له على أن يضعه على يد نفسه فالشراء جائز والرهن باطل لأنه لما شرط على أن يضعه في يد نفسه فقد شرط على أن لا يخرج الرهن من يد الراهن وأنه شرط فاسد فيفسد الرهن. وهل يصلح الراهن عدلاً في الرهن؟ فإن كان الرهن لم يقبض من يده بعد لا يصلح، حتى لو شرط في عقد الرهن على أن يكون الرهن في يده فسد العقد لأن قبض المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض إلا بخروج الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطاً فاسداً فيفسد الرهن.

وإن كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لأن العقد قد صح بالقبض، والبيع تصرف من الراهن في ملكه، فكان الأصل فيه هو النفاذ والتوقف كان لحق المرتهن فإذا رضي به فقد زال المانع فينفذ.

وأما بيان ما ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينعزل. فنقول: التسليط على البيع: إما أن يكون في عقد الرهن وإما أن يكون متأخراً عنه، فإن كان في العقد فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن لأن الوكالة إذا كانت في العقد/ كانت تابعة للعقد فكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد.

ب ٢٠٧

وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا أن الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد، والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو من توابعه وإن كان التسليط متأخراً عن العقد فللراهن أن يعزله وينعزل بموت الراهن أيضاً لأن التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة، وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة، وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف أن التسليط الطارىء على العقد والمقارن إياه سواء لأنه يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد، والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة، وجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديراً لا يجوز إلا بدليل ولم يوجد، وتبطل الوكالة بموت العدل، سواء كانت بعد العقد أو في العقد، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه، لأن الوكالة لا تورث ولأن الراهن رضي به ولم يرض بغيره، فإذا مات بطلت الوكالة لكن لا يبطل العقد، ويوضع الرهن في يد عدل آخر عن تراض منهما، لأنه جاز الوضع في يد الأول في الابتداء بتراضيهما فكذا في يد الثاني في الانتهاء، فإن اختلفا في ذلك نصب القاضي عدلاً ووضع الرهن على يده قطعاً للمنازعة، وليس للعدل الثاني أن يبيع إلا أن يموت الراهن، لأن الراهن سلط الأول لا الثاني.

وعلى هذا تخرج نفقة الراهن إنها على الراهن لا على المرتهن، والأصل أن ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن لأن الملك له، وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن لأن اليد له.

إذا عرف هذا فنقول: الرهن إذا كان رقيقاً فطعامه وشرابه وكسوته على الراهن وكفنه عليه وأجرة ظئر ولد الرهن عليه، وإن كانت دابة فالعلف وأجرة الراعي عليه، وإن كان بستاناً فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه عليه، سواء كان في قيمة الرهن فضل أو لم يكن، لأن هذه الأشياء من حقوق الملك، ومؤنات الملك على المالك، والملك للراهن فكانت المؤنة عليه والخراج على الراهن لأنه مؤنة الملك.

وأما العُشْر ففي الخارج يأخذه الإمام ولا يبطل الرهن في الباقي، بخلاف ما إذا استحق بعض الرهن شائعاً إنه يبطل الرهن في الباقي.

ووجه الفرق: أن الفساد في الاستحقاق لمكان الشيوع ولم يوجد ههنا لأن بالاستحقاق تبين أن الرهن في القدر المستحق لم يصح والباقي شائع، والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر، لأن وجوبه في الخارج لا يخرجه عن ملكه بدليل أنه يجوز بيعه ويجوز له الأداء من غيره، فكان الدفع إلى الإمام بمنزلة إخراج الشيء عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى الشيوع فهو الفرق. ولو كان في الرهن نماء فأراد الراهن أن يجعل النفقة التي ذكرنا إنها عليه في نماء الرهن ليس له ذلك لأن زوائد المرهون مرهونة عندنا تبعاً للأصل فلا يملك الإنفاق منها كما لا يملك الإنفاق من الأصل، والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الراهن للمرتهن أجراً على حفظه فحفظ لا يستحق شيئاً من الأجر، لأن حفظ الرهن عليه فلا يستحق الأجر بإتيان ما هو واجب عليه بخلاف المودع إذا شرط للمودع أجراً على حفظ الوديعة أن له الأجر، لأن حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز شرط الأجر وأجرة الحافظ عليه لأنها مؤنة الحفظ والحفظ عليه. وكذا أجرة المسكن والمأوى لما قلنا.

وروي عن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الآبق على المرتهن بقدر الدين والفضل على المالك حتى لو كانت قيمة الرهن والدين سواء، أو قيمة الرهن أقل فالجعل كله على المرتهن، وإن كانت قيمته أكثر فبقدر الدين على المرتهن وبقدر الزيادة على الراهن لأن وجوب الجعل على المرتهن لكون المرهون مضموناً، وأنه مضمون بقدر الدين والفضل أمانة فانقسم الجعل عليهما على قدر الأمانة والضمان، بخلاف أجرة المسكن/ إنها على المرتهن خاصة، وإن كان في قيمة الرهن [١/٢٠٨/ج]

فضل، لأن الأجرة إنما وجبت على المرتهن لكونها مؤنة الحفظ، وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه.

فأما الجعل فإنما لزمه لكون المردود مضموناً، والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان، والفداء من الجناية، والدين الذي يلحقه الرهن بمنزلة جعل الآبق ينقسم على المضمون والأمانة.

وكذلك مداواة الجروح والقروح والأمراض تنقسم عليهما على قدر الضمان والأمانة. كذا ذكر الكرخي.

وذكر القاضي في شرحه «**مختصر الطحاوي**» أن المداواة على المرتهن من باب إحياء حقه وهو الدين، وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير إذنه، أو وجب على المرتهن فأداه المرتهن بغير إذنه فهو مقطوع لأنه قضى دين غيره بغير أمره، فإن فعل بأمر القاضي يرجع على صاحبه لأن القاضي له ولاية حفظ أموال الناس وصيانتها عن الهلاك والإذن بالإنفاق على وجه يرجع على صاحبه بما أنفق طريق صيانة المالين، وكذا إذا فعل أحدهما بأمر صاحبه يرجع عليه لأنه صار وكيلاً عنه بالإنفاق.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن الراهن إن كان غائباً فأنفق المرتهن بأمر القاضي يرجع عليه وإن كان حاضراً لم يرجع عليه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع في الحالين جميعاً بناءً على أن القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما: يلي عليه، وهي مسألة الحجر على الحر، وستأتي في كتاب الحجر.

وعلى هذا يخرج زوائد الرهن إنها مرهونة عندنا.

وجملة الكلام في زوائد الرهن: أنها على ضربين زيادة غير متولدة من الأصل ولا في حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة، وزيادة متولدة من الأصل كالولد والثمر واللبن والصوف أو في حكم المتولد من الأصل كالأرش والعقر، ولا خلاف في أن الزيادة الأولى أنها ليست بمرهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه ولا بدل جزء منه فلا يثبت فيها حكم الرهن.

واختلف في الزيادة الثانية، قال أصحابنا رحمهم الله: إنها مرهونة، وقال الشافعي رحمه الله: ليست بمرهونة، بناءً على أن الحكم الأصلي للرهن عنده هو كون المرتهن أخص ببيع المرهون وأحق بثمنه من بين سائر الغرماء، فقبل البيع لا حق له في الرهن حتى يسري إلى الولد، فأشبه ولد الجارية إذا جنت ثم ولدت أن حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما أن حكم جناية الأم هو وجوب الدفع إلى المجني عليه وإنه ليس بمعنى ثابت في الأم فلم يسر إلى الولد. كذا هذا والدليل على أن الزيادة ليست مرهونة أنها ليست بمضمونة، ولو كانت مرهونة لكانت مضمونة كالأصل. وعندنا حق الحبس حكم أصلي للرهن أيضاً، وهذا الحق ثابت في الأم فيثبت في الولد تبعاً للأم، إلا أنها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعاً للأصل فكانت مرهونة تبعاً لا أصلاً، كولد المبيع أنه مبيع على أصل أصحابنا رضي الله عنهم، لكن تبعاً لا أصلاً فلا يكون له حصة من الثمن إلا إذا صار مقصوداً بالقبض فكذا المرهون تبعاً لا يكون له حصة من الضمان إلا إذا صار مقصوداً بالفكاك.

وإذا كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الأصل بحق الدين، وليس للراهن أن يفتك أحدهما إلا بقضاء الدين كله، لأن كل واحد منهما مرهون، والمرهون محبوس كله بكل جزء من أجزاء الدين، لما نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

وينقسم الدين على الأصل والزيادة على تقدير بقائها إلى وقت الفكاك على قدر قيمتهما، لكن تعتبر قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الفكاك، ونبين ذلك في موضعه.

وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن أنها لما كانت جائزة على أصل أصحابنا كان للمرتهن أن يحبسهما جميعاً بالدين ولا سبيل للراهن على أحدهما ما لم يقبض جميع الدين، لأن كل واحد منهما مرهون، ويقسم الدين بينهما على قدر قيمتهما إلا أنه تعتبر قيمة الرهن الأصلي وقت العقد وقيمة الزيادة وقت/ الزيادة، [ب/٢٠٨/ج] وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف زيادة الرهن، والفرق بين الزيادتين يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان:

الأول: أن الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به، وليس له أن يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن أو بعده، لأنه مرهون بهذا الدين لا بدين آخر فلا يملك حبسه بدين آخر لأن ذلك دين لا رهن به.

والثاني: أن المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به، سواء كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أو أقل، حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن أن يحبس كل الدين حتى يستوفي ما بقي، قل الباقي أو كثر، لأن الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ فما بقي شيء من الدين بقي محبوساً به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوساً بجميع الثمن فما بقي شيء من الثمن بقي محبوساً به. كذا هذا. ولأن صفقة الرهن واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير رضا المرتهن، وهذا لا يجوز، وسواء كان المرهون شيئاً واحداً أو أشياء ليس للراهن أن يسترد شيئاً من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلناه وسواء سمي لكل واحد منهما شيءٌ من المال الذي رهن به أو لم يسم في رواية «**الأصل**».

وذكر في «**الزيادات**» فيمن رهن مائة شاة بألف درهم على أن كل شاة منها بعشرة دراهم فأدى عشرة دراهم كان له أن يقبض شاة.

ذكر الحاكم الشهيد أن ما ذكر في «**الأصل**» قول أبي يوسف، وما ذكر في «**الزيادات**» قول محمد.

وذكر الجصاص أن في المسألة روايتين عن محمد.

وجه رواية «**الزيادات**» أنه لما سمى لكل واحد منهما ديناً متفرقاً أوجب ذلك تفريق الصفقة، فصار كأنه رهن كل واحدة منهما بعقد على حدة.

وجه رواية الأصل: أن الصفقة واحدة حقيقة لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة إلا أنه تفرقت التسمية، وتفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة كما في البيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كان للبائع حق

حبس كلها إلى أن يستوفي جميع الثمن، وإن سمى لكل واحد منهما ثمناً على حدة، كذا هذا.

وأما الحكم الثاني: وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق:

إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء، لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن، ثم إن كان الدين حالاً والثمن من جنسه فقد استوفاه إن كان في الثمن وفاءً بالدين، وإن كان فيه فضل رده على الراهن، وإن كان أنقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن، وإن كان الدين مؤجلاً حبس الثمن إلى وقت حلول الأجل، لأنه بدل المرهون فيكون مرهوناً فإذا حل الأجل؛ فإن كان الثمن من جنس الدين صار مستوفياً دينه، وإن كان من خلاف جنسه يحبسه إلى أن يستوفي دينه كله، وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالاً آخر سوى الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء لما ذكرنا، فإن فضل منه شيء يضم الفضل إلى مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص، لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن، وإن نقص عن الدين يرجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن وكان بينه وبين الغرماء بالحصص، لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوي فيه الغرماء.

وكذلك لو كان على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه أسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن. لأن ذلك الدين لا رهن به فيتضارب فيه الغرماء كلهم.

وأما الحكم الثالث: وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم، فنقول: وقت وجوب التسليم ما بعد قضاء الدين يقضي الدين أولاً ثم يسلم الرهن، لأن الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه إبطال الوثيقة، ولأنه لو سلم الرهن/ أولاً فمن الجائز أن يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير [٢٠٩/أ/ج] المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن، إلا أن المرتهن إذا طلب الدين يؤمر بإحضار الرهن أولاً ويقال له: أحضر الرهن إذا كان قادراً على الإحضار من غير ضرر زائد. ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين، لأنه لو خوطب بقضائه من غير إحضار الرهن ومن الجائز أن الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن فيؤدي إلى الاستيفاء مرتين.

وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولاً إذا كان ديناً ثم يؤمر البائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع، إلا أن البائع إذا طالبه بتسليم الثمن يقال له: أحضر المبيع لجواز أن المبيع قد هلك، وسواء كان عين الرهن قائماً في يد المرتهن أو كان في يده بدله بعد أن كان البدل من خلاف جنس الدين. نحو ما إذا كان المرتهن مسلطاً على بيع الرهن فباعه، بخلاف جنس الدين أو قتل الرهن خطأ وقضى بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن أن لا يدفع حتى يحضره المرتهن، لأن البدل قائم مقام المبدل فكان المبدل قائم، ولو كان قائماً كان له أن يمنع ما لم يحضره المرتهن فكذلك إذا قام البدل مقامه.

ولو كان الرهن على يدي عدل وجعلا للعدل أن يضعه عند من أحب وقد وضعه عند رجل فطلب المرتهن دينه يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن بإحضار الرهن، لأن قضاء الدين واجب على الراهن على سبيل التضييق إلا أنه رخص له التأخير إلى غاية إحضار الدين عند القدرة على الإحضار، وهنا لا

قدرة للمرتهن على إحضاره، لأن للعدل أن يمنعه عنه، ولو أخذ من يده جبراً كان غاصباً، وإلى هذا المعنى أشار محمد في الكتاب فقال: كيف يؤمر بإحضار شيء لو أخذه كان غاصباً، وإذا سقط التكليف بالإحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضاء الدين.

وكذلك إذا وضعا الرهن على يد عدل فغاب بالرهن ولا يدري أين هو لا يكلف المرتهن بإحضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا. ولو كان الرهن في يد المرتهن فالتقيا في بلد آخر فطالب المرتهن الراهن بقضاء دينه فإن كان الدين مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتهن على إحضار الرهن لما ذكرنا أن قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير إلى وقت الإحضار للضرورة التي ذكرناها عند القدرة على الإحضار من غير ضرر زائد والمرتهن هنا لا يقدر على الإحضار إلا بالمسافرة بالرهن أو بنقله من مكان العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالإحضار.

ولو ادعى الراهن هلاك الرهن فقال المرتهن: لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن الرهن كان قائماً والأصل في الثابت بقاؤه، فالمرتهن يستصحب حالة القيام. والراهن يدعي زوال تلك الحالة والقول قول من يدعي الأصل لأن الظاهر شاهد له ولأن الراهن بدعوى الهلاك يدعي على المرتهن استيفاء الدين وهو منكر فكان القول قوله مع يمينه ويحلف على البتات، لأنه يحلف على فعل نفسه وهو القبض السابق لأن المرتهن لا يصير مستوفياً بالهلاك لأنه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق، وذلك فعله، بخلاف ما إذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن فاختلف الراهن والمرتهن في هلاك الرهن إن هناك يحلف المرتهن على العلم لا على البتات. لأن ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم، كما لو ادعى الراهن أنه أوفى الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر أنه يحلف على العلم لما ذكرنا. كذا هذا.

وإن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فالقياس أنه يجبر على قضاء الدين، وفي الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر المرتهن الرهن لأنه ليس في إحضاره ضرر زائد. وعلى هذا الأصل مسائل في «الزيادات».

ولو اشترى شيئاً ولم/ يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع في غير مصره الذي وقع البيع فيه فطالبه [ب/٢٠٩/ج٤] بالثمن وأبى المشتري حتى يحضر المبيع لا يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع، سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن. فرق بين البيع والرهن.

ووجه الفرق: أن البيع معاوضة مطلقة، والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة، ولا تتحقق المساواة من غير إحضار المبيع بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة مطلقة وإن كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين في هذا الحكم.

فصل: وأما الذي يتعلق بحال هلاك المرهون فالمرهون إذا هلك لا يخلو إما أن يهلك بنفسه وإما أن يهلك بالاستهلاك، فإن هلك بنفسه يهلك مضموناً بالدين عندنا، والكلام في هذا الحكم في ثلاثة مواضع:

أحدها: في بيان أصل الضمان أنه ثابت أم لا.

والثاني: في بيان شرائط الضمان.

والثالث: في بيان قدر الضمان وكيفيته.

أما الأول فقد اختلف فيه، قال أصحابنا رضي الله عنهم: إن المرهون يهلك مضموناً بالدين.

وقال الشافعي رحمه الله: يهلك أمانة. احتج بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا يُغْلَقُ الرَّهنُ لا يُغْلَقُ الرَّهنُ لا يغلق الرهن هو لصاحبِهِ الّذي رَهنه لَهُ غُنْمُهُ وعليهِ غرمُهُ**»[١]، فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام غرم الرهن على الراهن وإنما يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة لأن عليه قضاء دين المرتهن، فأما إذا هلك مضموناً كان غرمه على المرتهن حيث سقط حقه لا على الراهن، وهذا خلاف النص، ولأن عقد الرهن شرع وثيقة بالدين، ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهيناً لا توثيقاً لأنه يقع تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهيناً للحق لا توثيقاً له.

ولنا: ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**الرَّهْنُ بمَا فِيه**»[٢] وفي رواية (الرهان بما فيها). وهذا نص في الباب لا يحتمل التأويل.

وروي «**أَنّ رجلاً رَهَنَ بدَيْنٍ عنْدَ رجل فرساً بحق له عليه فنفق الفرس عندَهُ فطالبه المرتهنُ بحقهِ، فاختصما إلى رسولِ اللّهِ ﷺ فقال عليه الصلاة والسلام: ذَهبَ حَقكَ**» ولأن المرتهن جعل مستوفياً للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانياً، كما إذا استوفي بالفكاك، وتقرير معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في مسائل الخلاف.

وأما الحديث فيحتمل أن يكون معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أي: لا يهلك، إذ الغلق يستعمل في الهلاك، كذا قال بعض أهل اللغة. وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لأنه يذهب بالدين فلا يكون هالكاً معنى. وقيل: معناه أي: لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكماً جاهلياً جاء الإسلام فأبطله.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «**عليهِ غُرْمُهُ**» أي نفقته: وكفنه ونحن به نقول أنه وثيقة، قلنا معنى التوثيق في الرهن هو التوصل إليه في أقرب الأوقات لأنه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من مطلق ماله، وبعد الرهن حدثت له ولاية المطالبة بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول إلى حقه فحصل معنى التوثيق.

فصل: وأما شرائط كونه مضموناً عند الهلاك فأنواع، منها قيام الدين، حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك أمانة.

وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الرهن باب من قال الرهن مضمون (٦/ ٤٠) والدارقطني في «السنن» (٣/ ٣٢) كتاب البيوع.
وأبو داود في «المراسيل» كتاب الرهن رقم (١٦٦، ١٦٧).

(٢) أخرجه أبو داود في «المراسيل» كتاب الرهن رقم (١٦٥) ومن طريقه أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» كتاب الرهن باب من قال الرهن مضمون (٦/ ٤١).

شيء ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحساناً.

والقياس: أن يضمن، وهو قول زفر. ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى، وزفر سوى بين الإبراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما.

وجه القياس: أن قبض الرهن قبض استيفاء، ويتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كأنه استوفى الدين ثم أبرأ عنه ثم هلك الرهن. ولو كان كذلك يضمن، كذا هذا، ولأن/ المرهون لما صار مضموناً بالقبض [أ/ ٢١٠/ج] يبقى الضمان ما بقي القبض وقد بقي لانعدام ما ينقضه.

وجه الاستحسان: أن كون المرهون مضموناً بالدين يستدعي قيام الدين، لأن الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالابراء فاستحال أن يبقى مضموناً به، وقد خرج الجواب عن قوله: إن الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لأنا نقول: نعم إذا كان الدين قائماً، فإذا سقط بالإبراء لا يتصور الاستيفاء، وهذا بخلاف ما إذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن، لأن قبض الرهن قائم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط، والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره، لأن المستوفي يصير مضموناً على المرتهن بخلاف الإبراء لأنه مسقط، لأن الإبراء إسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق، هذا إذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه، فإن وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لأنه صار غاصباً بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة. وعلى هذا يخرج ما إذا أخذت المرأة بصداقها رهناً ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها أنه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لأنها لم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضموناً.

وكذلك لو أخذت بالصداق رهناً، ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط الصداق ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لأن الصداق لما سقط بالردة لم يبق القبض مضموناً فصار كما لو أبرأته عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فأخذت بمهر المثل رهناً ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن له أن يحبس الرهن بالمتعة. ولو هلك في يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شيء والمتعة باقية على الزوج وهذا قول أبـي يوسف.

وقال محمد: لها حق الحبس بالمتعة، ولقب المسألة أن الرهن بمهر المثل هل يكون رهناً بالمتعة، عند أبي يوسف لا يكون، وعند محمد يكون، ولم يذكر قول أبـي حنيفة في «**الأصل**». وذكر الكرخي رحمه الله قوله مع قول أبـي يوسف.

وجه قول محمد: أن الرهن بالشيء رهن ببدله في الشرع لأن بدل الشيء يقوم مقامه كأنه هو، لهذا كان الرهن بالمغصوب رهناً بقيمته عند هلاكه، والرهن بالمسلم فيه رهناً برأس المال عند الإقالة، والمتعة بدل عن نصف المهر لأنه يجب بالسبب الذي يجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه، وهذا حد البدل في أصل الشيوع.

ولأبـي يوسف: أن المتعة وجبت أصلاً بنفسها لا بدلاً عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتداء كما أن العقد لوجوب مهر المثل بالطلاق زال في حق أحد الحكمين وبقي في حق الحكم الآخر، إلا أنه لا يعمل

فيه إلا بعد الطلاق فكان الطلاق شرط عمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلاً كما في سائر الأسباب المعلقة بالشروط، ولو أسلم في طعام وأخذ به رهناً ثم تفاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن برأس المال، لأن رأس المال بدل عن المسلم فيه، فإن هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لأن القبض حين وجوده وقع مضموناً بالطعام وبالإقالة لم يسقط الضمان أصلاً لأن بدله قائم وهو رأس المال فيبقى القبض مضموناً على ما كان بخلاف ما إذا أبرأه عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء، لأن الضمان هناك سقط أصلاً ورأساً فخرج القبض من أن يكون مضموناً.

ولو اشترى عبداً وتقابضا ثم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن، لأن المشتري بعد التفاسخ ينزل منزلة البائع وللبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشتري، وكذلك لو أن البائع سلم المبيع وأخذ بالثمن رهناً من المشتري ثم تقايلا كان للبائع أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم. / [ب/٢١٠/ج]

ومنها: أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن، فإن لم يكن لا يكون مضموناً بالدين وإن بقي عقد الرهن لأن المرهون إنما صار مضموناً بالقبض فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضموناً.

وعلى هذا يخرج ما إذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده أنه لا يسقط شيء من الدين، لأن قبض الغصب أبطل قبض الرهن، وإن لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن أن ينقض قبض الغاصب فيرده إلى الرهن.

وعلى هذا يخرج ما إذا استعار المرتهن الرهن من الراهن لينتفع به فهلك أنه أن هلك قبل أن يأخذ في الانتفاع أو بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين، وإن هلك في حال الانتفاع يهلك أمانة لأن المرهون قبل أن يأخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع، وإذا أخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الإعارة، وقبض الإعارة ينافي قبض الرهن لأنه قبض أمانة، وقبض الرهن قبض ضمان، فإذا جاء أحدهما انتفى الآخر، ثم إذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الإعارة فعاد قبض الرهن.

وكذلك إذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على التفصيل، ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن، حتى لو هلك في يده يهلك أمانة والدين على حاله لأن قبضه قبض العارية وأنه قبض أمانة فينافي قبض الضمان، وكذلك لو أذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن، وكذلك لو أعاره الراهن من أجنبي بإذن المرتهن أو أعاره المرتهن بإذن الراهن من أجنبي وسلمه إلى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن ولا يخرج عن عقد الرهن، والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد الرهن.

ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولداً فالولد رهن لأن الأصل مرهون لقيام عقد الرهن، حتى لو هلكت الجارية قبل أن يقبض المرتهن الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال، لأن الضمان وإن فات فالعقد قائم، وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر، وإذا بقي العقد في الأم صار الولد مرهوناً تبعاً للأم فكان له أن يحبسه بجميع المال. وكذا لو ولدت هذه الابنة ولداً فإنهما رهن

بجميع المال، وإن ماتا لم يسقط شيء من الدين لأن الولد ليس بمضمون، ألا ترى أن الأم لو كانت قائمة فهلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا إذا كانت هالكة، ولا يفتك الراهن واحداً منهما حتى يؤدي المال كله لأنهما دخلا جميعاً في العقد فلا يملك الراهن التفريق. ولو مات الراهن والرهن قائم في يده قبل أن يرده إلى المرتهن فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء لقيام عقد الرهن وإن بطل الضمان كما في ولد الرهن أن المرتهن أحق به وإن لم يكن فيه ضمان.

ولو أعار الراهن الرهن من المرتهن أو أذن له بالانتفاع به فجاء يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال الراهن: حدث هذا في يدك قبل اللبس أو بعد ما لبسته ورددته إلى الرهن، وقال المرتهن: لا بل حدث هذا في حال اللبس فالقول قول المرتهن لأنهما لما اتفقا على اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان فالراهن يدعي عوده إلى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله.

هذا إذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته، فأما إذا اختلفا في أصل اللبس فقال الراهن: لم ألبسه ولكنه تخرق، وقال المرتهن: لبسته فتخرق فالقول قول الراهن لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان، فالمرتهن بدعواه اللبس يدعي الخروج من الضمان والراهن ينكر فكان القول قوله، وإن أقام الراهن البينة أنه تخرق في ضمان المرتهن وأقام المرتهن البينة أنه تخرق بعد خروجه من الضمان فالبينة بينة الراهن، لأن بينته مثبتة لأنها تثبت الاستيفاء، وبينة المرتهن تنفي الاستيفاء فالمثبتة أولى.

ومنها: أن يكون المرهون مقصوداً فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما/ هو في حكم المتولد [أ/٢١١/ج] كالولد والثمر واللبن والصوف والعقر ونحوها مضموناً إلا الإرش خاصة، حتى لو هلك شيء من ذلك لا يسقط شيء من الدين إلا الارش فإنه إذا هلك تسقط حصته من الدين، وإنما كان كذلك لأن الولد ليس بمرهون مقصوداً بل تبعاً للأصل كولد المبيع على أصل أصحابنا أنه مبيع تبعاً لا مقصوداً والمرهون تبعاً لا حصة له من الضمان إلا إذا صار مقصوداً بالفكاك كما أن المبيع تبعاً لا حصة له من الثمن إلا إذا صار مقصوداً بالقبض بخلاف الأرش لأنه بدل المرهون، لأن كل جزء من أجزاء الرهن مرهون وبدل الشيء قائم مقامه كأنه هو فكان حكمه حكم الأصل، والأصل مضمون فكذا بدله، بخلاف الولد ونحوه وبخلاف الزيادة على الرهن أنها مضمونة لأنها مرهونة مقصوداً لا تبعاً، لأن الزيادة إذا صحت التحقت بأصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه على ما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو هلك الأصل وبقيت الزيادة يقسم الدين على الأصل والزيادة على قدر قيمتهما، وتعتبر قيمة الأصل وقت القبض، وإن شئت قلت: وقت العقد، وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد، لأن الإيجاب والقبول لا يصير عقداً شرعاً إلا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكاك لأن الأصل إنما صار مضموناً بالقبض فتعتبر قيمة يوم القبض، والزيادة إنما يصير لها حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمتها حينئذ، إلا أن هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير قيمة الزيادة إلى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدل والقسمة الحقيقية وقت الفكاك، ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الأصل بالزيادة والنقصان في السعر أو في البدل، لأن الأصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغيرالضمان، والولد إنما يأخذ قسطاً من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك.

وشرح هذه الجملة: إذا رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فإن الدين يقسم على قيمة الأم والولد نصفين، فيكون في كل واحد منهما خمسمائة، حتى لو هلكت الأم سقط نصف الدين وبقي الولد رهناً بالنصف الباقي يفتكه الراهن به إن بقي إلى وقت الافتكاك، وإن هلك قبل ذلك هلك بغير شيء وجعل كأن لم يكن وعادت حصته من الدين إلى الأم، وتبين أن الأم هلكت بجميع الدين، وإن لم يهلك لكن تغيرت قيمته إلى الزيادة فصار يساوي ألفين بطلت قسمة الانصاف وصارت القسمة أثلاثاً: ثلثا الدين في الولد، والثلث في الأم، وتبين أن الأم هلكت بثلث الدين وبقي الولد رهناً بالثلثين، فإن ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة آلاف بطلت قسمة الأثلاث وصارت القسمة أرباعاً، ثلاثة أرباع الدين في الولد وربع في الأم، وتبين أن الأم هلكت بربع الدين وبقي الولد رهناً بثلاثة أرباعه، ولو تغيرت قيمته إلى النقصان فصار يساوي خمسمائة بطلت قسمة الأرباع وصارت القسمة أثلاثاً ثلثا الدين في الأم والثلث في الولد. وتبين أن الأم هلكت بثلثي الدين وبقي الولد رهناً بالثلث، هكذا على هذا الاعتبار، وسواء كان الولد واحداً أو أكثر ولدوا معاً أو متفرقاً يقسم الدين على الأم وعلى الأولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة الأم يوم العقد وقيمة الأولاد يوم الفكاك لما ذكرنا، وولد الولد في القسمة حكمه حكم الولد، حتى لو ولدت الجارية بنتاً وولدت بنتها ولداً فهما بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية وعلى الولد الأصلي، ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده، لأن ولد الرهن ليس بمضمون حتى يتبعه ولده فكأنهما في الحكم ولدان.

ولو ولدت الجارية ولداً ثم نقصت قيمة الأم في السعر أو في البدن فصارت تساوي خمسمائة أو زادت قيمتها فصارت تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان؛ وإن كانت الأم على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو لسعر فصار يساوي خمسمائة صار الدين فيهما أثلاثاً الثلثان في الأم والثلث في الولد.

[ب/٢١١/ج] ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي ألفين/ فثلثا الدين في الولد والثلث في الأم، حتى لو هلكت الأم يبقى الولد رهناً بالثلثين لما ذكرنا أن الأصل إنما دخل تحت الضمان بالقبض، والقبض لم يتغير فلا تتغير القسمة، والولد إنما يصير له حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته يوم الفكاك.

ولو أعورت الأم بعد الولادة أو كانت أعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعه وذلك مائتان وخمسون وبقي الولد رهناً بثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون.

وهذا الجواب: فيما إذا ولدت ثم أعورت ظاهر لأن الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة، فإذا اعورت والعين من الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهناً ببقية الدين وهو ثلاثة الأرباع.

فأما إذا اعورت ثم ولدت ففيه إشكال من حيث الظاهر، وهو أن قبل الاعورار كان كأن كل الدين فيها وبالأعورار ذهب النصف وبقي النصف، فإذا ولدت ولداً فينبغي أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثاً، الثلثان على الولد والثلث على الأم.

والجواب: أن ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حتماً بل على التوقف على تقدير عدم الولادة، فإذا ولدت تبين أنه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين لأن الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم اعورت، ولو هلك الولد وقد اعورت الأم قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لأن الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته إلى الأم وتبين أن الأم كانت رهناً بجميع الدين فإذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي النصف الآخر. ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شيء من الدين لأنه لو هلك لا يسقط فإذا اعور أولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير، لأنها تحتمل التغيير بتغير قيمة الولد إلى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم.

وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن إنها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبداً لأن هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصوداً فكانت مرهونة أصلاً لا تبعاً فكانت مضمونة، ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة.

وجملة الكلام في كيفية الانقسام:أن الراهن لا يخلو إما إن زاد في الرهن وليس في الرهن نماء. وإما إن كان فيه نماء، فإن لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزيد عليه والزيادة على قدر قيمتها، حتى لو كانت قيمة الجارية ألفاً وقيمة العبد ألف والدين ألف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة. ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثاً، الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين، لأن كل واحد منهما مرهون مقصوداً لا تبعاً، إلا أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها، ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك، لأن الزيادة والنقصان كل واحد منهما إنما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض، والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة، بخلاف زيادة الرهن وهي نماؤه إن القسمة تتغير بتغير قيمتها لأنها مرهونة تبعاً لا أصلاً، والمرهون تبعاً لا يأخذ حصة من الضمان إلا بالفكاك فتعتبر قيمتها يوم الفكاك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير.

ولو نقص الرهن الأصلي في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهناً آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، نحو ما/ إذا رهن جارية قيمتها ألف بألف [أ/ ٢١٢/ج] فاعورت حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الراهن عبداً قيمته ألف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثاً، فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون، وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون، وثلثان في الجارية.

فرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماؤه بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولداً قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين، فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الأم وهو النصف ذهب بالإعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون في الأم والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الأم وفي الزيادة على الرهن يبقى الأصل والزيادة بنصف الدين.

ووجه الفرق بين الزيادتين: أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الأصالة لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصوداً فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة إلا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما، بخلاف زيادة الرهن لأنها ليست بمرهونة مقصوداً لانعدام وجود الرهن فيها مقصوداً بل تبعاً للأصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعاً للأصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتاً في الأم فيعتبر في القسمة قيمة الأم يوم القبض.

وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة، ثم زاده في الرهن عبداً قيمته ألف أن هذه الزيادة تلحق الخمسمائة الباقية فيقسم على نصفه قيمة الجارية وهي خمسمائة وعلى قيمة العبد الزيادة وبقي ألف أثلاثاً، ثلثاها في العبد وثلثها في الجارية، حتى لو هلك العبد هلك بثلثي الخمسمائة وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ولو هلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان، لأن الزيادة زيادة على المرهون، والمرهون محبوس بالدين، والمحبوس بالدين هو نصف الجارية لا كلها، ولم يبق نصف الدين لصيرورته مقضياً فالزيادة تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة أثلاثاً.

ولو قضى خمسمائة ثم أعورت الجارية قبل أن يزيد الرهن ثم زاد عبداً قيمته ألف درهم قسم مائتان وخمسون على نصف نصف الجارية العوراء وعلى الزيادة على خمسة أسهم، أربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية العوراء لأنه لما قضى الراهن خمسمائة فرغ نصف الجارية شائعاً من الدين وبقي النصف الباقي في نصفها شائعاً، وذلك خمسمائة، فإذا اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين، وذلك مائتان وخمسون وبقي مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية فإذا هذه الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الأصل والزيادة أخماساً أربعة أخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسة وذلك خمسون في «**الأصل**».

هذا إذا زاد وليس في الرهن نماء، فأما إذا زاد وفيه نماء بأن رهن جارية قيمتها ألف بألف فولدت ولداً يساوي ألفاً ثم زاده عبداً قيمته ألف فالراهن لا يخلو إما إن زاد والأم قائمة، وإما إن زاد بعد ما هلكت الأم، فإن كانت قائمة فزاد لا يخلو إما إن جعله زيادة على الولد أو على الأم أو عليهما جميعاً أو أطلق الزيادة ولم يسم المزيد عليه أنه الأم أو الولد، فإن جعله زيادة على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الأم، لأن الأصل وقوع تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون زيادة معه، فيقسم الدين أولاً على الأم والولد على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الأم يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ثم ما أصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الولد يوم الفكاك لما بينا فيما تقدم، وقيمة الزيادة وقت الزيادة وهي وقت قبضها، لأنها إنما جعلت في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض.

ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة، لأنه إذا هلك جعل كأن لم يكن أصلاً ورأساً فلم تتحقق الزيادة عليه لأن الزيادة لا بد لها من مزيد عليه، فتبين أن الزيادة لم تقع رهناً.

وإن جعله زيادة على الأم فهو على ما جعل لما ذكرنا أن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره/ ، ولأنه لو أطلق الزيادة لوقعت على الأم فعند التقييد والتنصيص أولى. [ب/٢١٢/ج]

وإذا وقعت زيادة على الأم جعل كأنها كانت موجودة وقت العقد فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما تعتبر قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض، ثم ما أصاب الأم يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الأم يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك.

ولو مات الولد أو زادت قيمته أو ولدت ولداً فالحكم في حق العبد للزيادة لا تتغير ويقسم الدين أولاً على الجارية والعبد نصفين ثم ما أصاب الأم يقسم عليها وعلى ولدها فتعتبر زيادة الولد في حق الأم ولا تعتبر في حق العبد، سواء زاد بعد حدوث الولد أو قبله، لأن الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة.

ولو هلكت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقي الولد، والزيادة بما فيهما بخلاف ما إذا هلك الولد أنه تبطل الزيادة، لأن بهلاك الأم لا يتبين أن العقد لم يكن بل يتناهى ويتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد، لأنه إذا هلك التحق بالعدم من الأصل وجعل كأن لم يكن فتبين أن الزيادة لم تصح رهناً.

ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء لأن الولد غير مضمون بالهلاك فإذا هلك جعل كأن لم يكن، وجعل كأن الزيادة حدثت ولا بد للجارية كذلك، وإن جعله زيادة على الأم والولد جميعاً فالعبد زيادة على الأم خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وإنما يعتبر في حق الأم ويدخل في حصة الأم، والولد في حق الزيادة حال وجود الأم كالعدم فلا تصلح الزيادة عليه في حال قيام الأم فيقسم الدين على الأصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما قيمة الأصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة، ثم يقسم ما أصاب الأم قسمة أخرى بينها وبين ولدها على اعتبار قيمتها يوم العقد ويوم الفكاك، كذلك وإن أطلق الزيادة ولم يسم الأم ولا الولد فالزيادة رهن مع الأم خاصة لأن الزيادة لا بد لها من مزيد عليه، وكل واحد منهما على الانفراد يصلح مزيداً عليه، إلا أن الأم أصل في الرهن والولد تابع، فعند الإطلاق جعلها زيادة على الأصل أولى، وإذا صارت الزيادة رهناً مع الأم يقسم الدين قسمين على نحو ما بينا.

هذا إذا كانت الأم قائمة وقت الزيادة، فأما إذا هلكت الأم ثم زادوا العبد زيادة على الولد فكانا جميعاً رهناً بخمسمائة يفتك الرهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لأن الزيادة تستدعي مزيداً عليه والهالك خرج عن احتمال ذلك فتعين الولد مزيداً عليه، وقد ذهب نصف الدين بهلاك الأم وبقي النصف وذلك خمسمائة فينقسم ذلك على الزيادة والولد على قدر قيمتهما. ولو هلك الولد أخذ الراهن العبد بغير شيء، لأنه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كأنه لم يكن وعادت حصته إلى الأم فتبين أنها هلكت بجميع الدين، فتبين أن الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم تصح.

ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك أمانة، إلا إذا منعه بعد الطلب لأنه تبين أنه لم يكن رهناً في الحقيقة لما بينا فصار كما إذا رهن بدين ثم تصادقا على أنه لا دين ثم هلك الرهن أنه يهلك

[١/٢١٣/ج] أمانة لما قلنا/ ، كذا هذا إلا إذا منع بعد الطلب لأنه صار غاصباً بالمنع فيلزمه ضمان الغصب.

وأما بيان كيفية الضمان وقدره: فالرهن لا يخلو إما أن يكون من جنس حق المرتهن أو من خلاف جنس حقه، فإن كان من خلاف جنس حقه فإما أن يكون شيئاً واحداً وإما أن يكون أشياء، فإن كان شيئاً واحداً يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين.

وتفسيره: إذا رهن عبداً قيمته ألف بألف فهلك ذهب الدين كله، وإن كانت قيمة العبد ألفين فهلك ذهب كل الدين أيضاً وفضل الرهن يهلك أمانة، وإن كانت قيمته خمسمائة ذهب من الدين خمسمائة ويرجع المرتهن على الراهن بفضل الدين، وهذا قول عامة العلماء وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل سيدنا عمر وعبد الله بن مسعود، وهو رواه عن سيدنا علي رضي الله عنهم.

ومنهم: من قال: إنه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت، أي على المرتهن فضل قيمة الرهن، وهكذا روي عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما.

ومنهم من قال: إنه مضمون بالدين بالغاً ما بلغ، أي يذهب كل الدين، قلت قيمة الدين أو كثرت، وهو مذهب شريح.

وعن سيدنا علي رضي الله عنه رواية أخرى أنه قال: يترادان الفضل، يعني إن كانت قيمة الرهن أكثر فللراهن أن يرجع على المرتهن بفضل القيمة. وإن كانت قيمته أقل فللمرتهن أن يرجع على الراهن بفضل الدين، واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي رحمه الله في قوله: إن المرهون أمانة، لأن اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضموناً فإنكار الضمان أصلاً يرجع إلى مخالفة الإجماع فكان باطلاً، ثم الرجحان في كيفية الضمان لقول سيدنا عمر وابن مسعود رضي الله عنهما، لأن المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفاء، لأن قبض الرهن قبض استيفاء، ويتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء.

فإن كانت قيمة الرهن مثل الدين أمكن تحقيق الاستيفاء، لأن استيفاء الدين مثله صورة ومعنى أو معنى لا صورة، وإذا كانت قيمته أكثر لا يتحقق الاستيفاء إلا في قدر الدين ولا يتحقق في الزيادة، لأن استيفاء الأقل من الأكثر يكون ربا. وإذا كانت قيمته أقل لا يمكنه تحقيق الاستيفاء إلا بقدر الدين لأن استيفاء الأكثر من الأقل لا يتصور.

هذا إذا كان المرهون شيئاً واحداً فأما إذا كان أشياء بأن رهن عبدين أو ثوبين أو دابتين أو نحو ذلك فلا يخلو إما إن أطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيئاً من الدين، وإما إن قيد وسمى لكل واحد منهما قدراً معلوماً من الدين، فإن أطلق يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضموناً بالأقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين، لأن كل واحد منهما مرهون والمرهون مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار الثمن، لأن المرهون مضمون بالدين كما أن البيع مضمون بالثمن. وإن قيد كان كل واحد منهما مضموناً بالأقل من قيتمه ومما سمى له، لأنه لما سمي وجب اعتبار التسمية فينظر إلى القدر

المسمى لكل واحد منهما فأيهما هلك يهلك بالأقل من قميته ومن القدر المسمى كما في باب البيع إذا سمى لكل واحد من المبيعين ثمناً أنه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى، كذا هذا، هذا إذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرتهن، فأما إذا كان من جنسه بأن رهن موزوناً بجنسه أو مكيلاً بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد اختلف أصحابنا فيه، قال أبو حنيفة: يهلك مضموناً بالدين باعتبار الوزن دون القيمة، حتى لو كان وزن الرهن بمثل وزن الدين وقيمته أقل منه فهلك يذهب كل الدين عنده، وعند أبي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس على ما نذكر.

فمن أصل أبـي حنيفة أنه يعتبر الوزن دون القيمة في الهالك، ومن أصلهما أنهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن، فأما فيما يتضرر به فيضمنان القيمة من خلاف الجنس.

وأما في الانكسار فأبو حنيفة يضمن القيمة وكذلك أبو يوسف عند الاستواء/ في الوزن والقيمة ولا [ب/٢١٣/ج] يريان الجعل بالدين أصلاً، ومحمد يجعل بالدين لكن عند الإمكان بأن لا يؤدي ذلك إلى الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يؤدي إلى الربا، فإن أدى إلى شيء مما ذكرنا فإنه لا يجعل بالدين أيضاً.

وإذا كانت قيمة الرهن أكثر فأبو يوسف يجعل النقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الأمانة والمضمون، فما كان في الأمانة يذهب بغير شيء وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويهلك من الرهن بقدره، ومحمد رحمه الله يصرف النقصان إلى الزيادة.

وإذا كثر النقصان حتى انتقص من الدين يخير الراهن بين أن يفتكه وبين أن يجعله بالدين. ومن أصل أبـي حنيفة أنه يجوز استيفاء الزيوف من الجياد حتى لو أخذ صاحب الدين الزيوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلك عنده سقط دينه. وكذا عند محمد، إلا أن محمداً ترك أصله في الرهن. وعن أبـي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه، فمن أصله أنه لا يجوز استيفاء الزيوف عن الجياد، فهذه أصول هذه المسائل.

وأما تخريجها على هذه الأصول فنقول وبالله التوفيق:

إذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك أو انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يخلو إما أن يكون مثل وزن الدين بأن كان عشرة أو إما أن يكون أقل من وزنه بأن كان ثمانية، وإما أن يكون أكثر من وزنه بأن كان اثني عشر، وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار، فإن كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة، فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بالدين بلا خلاف، لأن في وزنه وقميته وفاء بالدين ولا ضرر فيه بأحد ولا فيه ربا فيهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا.

وإن انكسر وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف، لأنه لو افتكه إما أن يفتكه بجميع الدين وإما أن يسقط شيء من الدين بمقابلة النقصان لا سبيل إلى الأول لأن فيه ضرراً بالراهن لفوات حقه عن الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل إلى الثاني لأنه يؤدي إلى الربا، لأن الدين والرهن يستويان في الوزن والجودة لا قيمة لها شرعاً عند مقابلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعاً فيكون إيفاء عشرة بثمانية فتكون رباً فيتخير إن شاء افتكه بجميع الدين ورضي بالنقصان، وإن شاء ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت

فكانت رهناً مكانه ويصير القلب ملكاً للمرتهن بالضمان، وهذا قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف. وقال محمد: إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء جعله بالدين ويصير ملك المرتهن بدينه.

وجه قول محمد: أن ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لأن ذلك موجب قبض هو تعدي كقبض الغصب، وقبض الرهن مأذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه الجعل بالدين لأنه قبض استيفاء، وفي الجعل بالدين تقرير الاستيفاء.

وجه قولهما: أن جعل الرهن بالدين حال قيامه من أعمال الجاهلية جاء الإسلام وأبطله بقوله: لا يغلق الرهن، والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلاً وبه تبين أن ملك الرهن بالدين لا يجوز أن يكون حكم هذا التصرف، وإن حكمه ملك اليد والحبس لا ملك العين والرقبة.

فأما ضمان القيمة فيصلح حكماً له في الجملة، ألا ترى أن محمداً يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما نذكر.

وإن كانت قيمته أقل من وزن الدين بأن كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين عند أبـي حنيفة رحمه الله لأنه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وفاء الدين، وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه.

وجه قولهما: أنه لو هلك بالدين إما أن يهلك بوزنه وإما أن يهلك بقيمته لا سبيل إلى الأول لأن فيه ضرراً بالمرتهن، ولا وجه إلى الثاني لأنه يؤدي إلى الربا فيخير المرتهن بين أن يرضى بسقوط الدين وبين أن يضمن قيمة الرهن من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه. ولأبـي حنيفة رحمه الله: إن قبض الرهن قبض/ [أ/٢١٤/ج] استيفاء، والجيد والرديء في الاستيفاء على السواء لأن استيفاء الزيوف عن الجياد جائز عنده وإن انكسر فالراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالإجماع، وليس له خيار الجعل بالدين هنا بلا خلاف.

أما على أصل أبـي حنيفة وأبـي يوسف: فلأنهما لا يريان الجعل بالدين أصلاً، ومحمد رحمه الله إن كان يرى ذلك لكن عند الإمكان، وههنا لا يمكن لأنه لو جعل الدين باعتبار الوزن يؤدي إلى الضرر بالمرتهن حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية بعشرة. ولو جعل باعتبار القيمة يؤدي إلى الربا فمست الضرورة إلى ضمان القيمة والله تعالى أعلم.

وإن كانت قيمته أكثر من وزنه بأن كانت اثني عشر فهلك يهلك بالدين عند أبـي حنيفة اعتباراً للوزن، وكذلك عند محمد، لأن الجودة هنا فضل فكان أمانة بمنزلة الفضل في الوزن.

أما على قول أبـي يوسف فقيل: يضمن المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لأن الجودة عنده مضمونة، وقيل: يهلك بالدين عنده أيضاً لأنه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة، وإنما يعتبر الجودة في الانكسار وإن انكسر فالراهن بالخيار عند أبـي حنيفة إن شاء افتكه بالدين مع النقصان، وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهناً مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سواء كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بأن عادت قيمته إلى أحد عشر أو قدر درهمين بأن عادت قيمته عشرة أو أكثر من ذلك

بأن صارت قيمته ثمانية. وعند أبي يوسف إن شاء افتكه بالدين، وإن شاء ضمن المرتهن قميته خمسة أسداس القلب من خلال جنسه فيصير خمسة أسداس الرهن ملكاً للمرتهن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة أسداس القيمة رهناً بالدين، لأن من أصله أن يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شائعاً في قدر الأمانة والمضمون والقدر الذي في الأمانة يذهب بغير شيء، والقدر الذي في المضمون يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكاً له.

وعند محمد: ينظر إلى النقصان إن كان قدر درهم أو درهمين لا ضمان على المرتهن ويجبر الراهن على الفكاك. وإن زاد على ذلك يخير بين الفكاك وبين الجعل بالدين، كما لو كانت قيمته ووزنه سواء، لأن من أصله أنه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار إلى الجودة الزائدة، إلا إذا كثر النقصان حتى عادت قيمته إلى ثمانية فله أن يجعله بالدين إن شاء، وإن شاء افتكه، وقيل: إن على قوله له أن يضمنه كما قال أبو حنيفة رحمه الله لما في الجعل بالدين من إسقاط حقه عن الجودة.

هذا إذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة، فأما إذا كان أقل من وزنه ثمانية فإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالإجماع. وإن انكسر فالراهن بالخيار إن شاء افتكه بالدين وإن شاء ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه فكانت رهناً، والقلب للمرتهن بالضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد إن شاء افتكه بالدين وإن شاء جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا. وإن كانت قيمته أقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية في قول أبي حنيفة اعتباراً للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا، وإن انكسر ضمن القيمة بالإجماع.

أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: فلأنهما لا يجيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأساً، ومحمد إن كان يجيزه لكن بشريطة انعدام الضرر، وفي الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتهن، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه فكانت تسعة أو كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن القيمة، وإن انكسر إن شاء افتكه بالدين وإن شاء ضمن القيمة بالإجماع لما ذكرنا.

وإن كانت قيمته أكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك بثمانية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته، وإن انكسر فعند أبي حنيفة إن شاء افتكه بالدين/ وإن شاء ضمنه جميع القيمة وكانت [ب/٢١٤/ج] قيمته رهناً والقلب ملكاً للمرتهن، وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون سدس القلب مع خمسة أسداس قيمته رهناً عنده بالدين، وعند محمد يصرف النقصان الحاصل بالانكسار بالأمانة إن قل النقصان بأن كان درهماً أو درهمين ويجبر الراهن على الافتكاك، وإن كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين الافتكاك وبين الجعل بالدين.

هذا إذا كان وزن القلب أقل من وزن الدين ثمانية، فأما إذا كان أكثر من وزنه اثنا عشر، فإن كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك بلا أمانة خلاف وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد له أن يجعل خمسة أسداسه بالدين. وإن كانت قيمته أقل من وزنه وأكثر من الدين، بأن كانت أحد عشر فهلك سقط الدين بخمسة أسداسه والزيادة تهلك

أمانة عند أبـي حنيفة، ولا رواية عنهما في هذا الفصل.

وإن انكسر ضمن خمسة أسداس القلب عند أبـي حنيفة لأنه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين.

وعند أبـي يوسف: يجب أن يكون هكذا. وكذلك عند محمد لتعذر التمليك بالدين لما فيه من الضرر. وإن كانت قيمته مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة أسداس بالدين عند أبـي حنيفة لأنه يعتبر الوزن وعندهما: يضمن خمسة أسداسه ويرجع بحقه، وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبـي حنيفة وعندهما يغرم جميع القيمة، ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد لأنه يؤدي إلى الربا.

وإن كانت قيمته أقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة أسداسه بالدين في قول أبـي حنيفة وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه وعندهما يغرم القيمة في الحالين، وإن كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة أسداسه بالدين في قول أبـي حنيفة وإن انكسر ضمن خمسة أسداسه عند أبـي حنيفة، ثم في كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب وهلك ذلك القدر بالضمان وصار شريكاً، فهذا شيوع طارىء.

فعلى جواب ظاهر الرواية: يقطع القلب فيكون الباقي مع القدر الذي غرم رهناً لأن الشيوع يمنع صحة الرهن مقارناً كان أو طارئاً، وعلى رواية أبـي يوسف لا حاجة إلى القطع، لأن الشيوع الطارىء لا يمنع بقاء العقد على الصحة.

وأما الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتهن حق الحبس وللراهن أن يسترده منه، فإن منعه حتى هلك يضمن مثله إن كان له مثل وقيمته إن لم يكن له مثل، لأنه صار غاصباً بالمنع، والمغصوب مضمون على الغاصب بالمثل أو بالقيمة، وإن لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك الرهن في يده ذكره الكرخي رحمه الله: إنه يهلك أمانة لأن الرهن إذا لم يصح كان القبض قبض أمانة لأنه قبض بإذن المالك فأشبه قبض الوديعة. وحكى القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**» أنه ذكر في «**الجامع الكبير**» أن كل ما هو محل للرهن الصحيح فإذا رهنه رهناً فاسداً فهلك في يد المرتهن يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين، وكل ما ليس بمحل للرهن الصحيح لا يكون مضموناً بالرهن الفاسد كالمدبر وأم الولد، وهذا يدل على أن الفساد كان لمعنى في نفس المرهون لا يكون مضموناً بل يكون أمانة، وإن كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضموناً.

ووجهه: أن المرهون مضمون بالقبض ولا فساد في القبض، إلا أن شرط كون المقبوض مضموناً أن يكون مالاً مطلقاً متقوماً كالمقبوض بالبيع الفاسد فإن وجد الشرط يكون مضموناً وإلا فلا، هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون.

وأما حكم استهلاكه فنقول: المرهون لا يخلو إما أن يكون من بني آدم كالعبد والأمة، وأما إن كان من غير بني آدم من سائر الأموال، فإن كان من غير بني آدم فاستهلكه أجنبـي ضمن قيمته إن كان مما لا مثل له، ومثله إن كان مما له مثل، كما إذا لم يكن مرهوناً، والمرتهن هو الخصم في تضمينه وكان/ الضمان رهناً لأنه بدل المرهون. [أ/٢١٥/ج]

ثم إن كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه، وإن كان الدين لم يحل حبسه رهناً

مكانه، وكذلك لو استهلكه المرتهن لأنه لو أتلف مالاً مملوكاً متقوماً بغير إذن مالكه فيضمن مثله أو قيمته، كما لو أتلفه أجنبي وكان رهناً مكانه، وإن استهلكه الراهن فإن كان الدين حالاً يطالب بالدين لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين، وإن كان لم يحل أخذ المرتهن منه الضمان فأمسكه إلى أن يحل الدين.

وإذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن أو الراهن أو أجنبي بأن كان الرهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فحلبت أو ولدت فعليه ضمانه. أما وجوب الضمان على الأجنبي والمرتهن فظاهر لأن الزيادة ملك الراهن، وإتلاف مال مملوك للغير بغير إذنه يوجب الضمان.

وأما وجوبه على الرهن فلأن المتلف وإن كان مملوكاً له لكن للمرتهن فيه حق قوي فيلحق بالملك في حق وجوب الضمان، وإذا وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهناً عند المرتهن لأنه بدل المرهون فيقوم مقامه، فإن هلك الضمان لا يسقط شيء من الدين لأنه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الأصل، والأصل لو هلك يهلك بغير شيء كذا البدل، وإن هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لأنها مرهونة مقصودة فكانت مضمونة بالهلاك ويفتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين، لأن الزيادة تصير مقصودة بالفكاك فيصير لها حصة من الدين.

هذا إذا كان الاستهلاك بغير إذن فأما إذا كان بإذن بأن قال الراهن للمرتهن: احلب الشاة فما حلبت فهو حلال لك، أو قال له: كل هذا الحمل فحلب وشرب وأكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لأن الزيادة ملك الراهن فيصح إذنه بالأكل والشرب ولا يسقط شيء من دين المرتهن حتى لو جاء الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لأن إتلاف المرتهن بإذن الراهن مضاف إلى الراهن كأنه أتلفه بنفسه. ولو كان كذلك لكان لا يسقط شيء من الدين وكان عليه ضمان المتلف. كذا هذا.

وإن لم يفتكها حتى هلك تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها أو ولدها على قدر قيمتها فما كان حصة الشاة يسقط وما كان حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضائه، لأن فعل المرتهن لما كان مضافاً إلى الراهن كان مضموناً عليه كأنه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر إلى قيمة الزيادة فإن كان فيها خمسة كان فيها ثلث الدين، وفي الشاة ثلثاه فإذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاؤه. وكذلك لو استهلكه أجنبي بإذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفي المرتهن إذا استهلكه بإذن الراهن سواء وقد ذكرناه.

ولو استهلكه الراهن بإذن المرتهن لا شيء عليه لأن الضمان لو وجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه لأنه ملكه وقد أبطل المرتهن حق نفسه بالإذن فلا يستحق الضمان وجعل كأن الزيادة هلكت بآفة سماوية وبقيت الشاة رهناً بجميع الدين، وإن كان المرهون من بني آدم فجنى عليه فجملة الكلام في جنايات الرهن أنها ثلاثة أقسام: جناية غير الرهن على الرهن، وجناية الرهن على غير الرهن، وجناية الرهن على الرهن.

أما جناية غير الرهن على الرهن فلا يخلو إما إن كانت الجناية في النفس وإما إن كانت فيما دون النفس، وكل ذلك لا يخلو: إما إن كان عمداً أو خطأ أو في معنى الخطأ، والجاني لا يخلو إما إن كان حراً أو عبداً، فإن كانت في النفس عمداً والجاني حر فللراهن أن يقتص إذا اجتمعا على الاقتصاص في قول

أبي حنيفة وقال محمد: ليس له الاقتصاص، وإن اجتمعا عليه. وعن أبي يوسف روايتان كذا ذكر الكرخي رحمه الله الاختلاف.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي»: أنه لا قصاص على قاتله وإن اجتمع عليه الراهن والمرتهن/ ولم يذكر الخلاف. [ب/٢١٥/ج]

وجه قول محمد: أن استيفاء القصاص لا بد له من ولي، والولي هنا غير معلوم لأن ملك العين والرقبة للراهن وملك اليد والحبس للمرتهن، فكان العبد مضافاً إلى الراهن من وجه وإلى المرتهن من وجه، فصار الولي مشتبهاً مجهولاً، وجهالة الولي تمنع استيفاء القصاص، كعبد المكاتب إذا قتل عمداً أنه لا يقتص من قاتله، وإن اجتمع عليه المولى والمكاتب لما قلنا كذا هذا، بخلاف العبد المشترك بين اثنين إذا قتل عمداً أن لهما الاقتصاص إذا اجتمعا عليه، لأن هناك الولاية لهما ثابتة على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف من كل وجه، فكان الولي معلوماً فأمكن القول بوجوب القصاص لهما على الشركة لاستوائهما في الملك.

وجه قول أبي حنيفة: أن الملك للراهن من كل وجه وإنما للمرتهن حق الحبس فقط والملك سبب لثبوت الولاية فكان الولي معلوماً وكان ينبغي أن لا تتوقف ولاية الاستيفاء على رضا المرتهن، إلا أنه توقف لتعلق حقه به فإذا رضي فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لأن الملك فيه للمولى من وجه وللمكاتب من وجه فلم يكن الملك فيه ثابتاً للمولى مطلقاً ولا للمكاتب مطلقاً فأشبه الولي فامتنع الاستيفاء، وإذا اقتص القاتل سقط الدين لأن العبد إنما كان رهناً من حيث إنه مال وقد بطلت ماليته بالقتل لا إلى بدل، إذ القصاص لا يصلح بدلاً عن المالية فسقط القصاص، كما لو هلك بنفسه.

هذا إذا اجتمعا على القصاص، فأما إذا اختلفا لا يقتص القاتل لأنه لا سبيل إلى إثبات الاقتصاص للمرتهن لعدم ملك الرقبة ولا للراهن لأن في استيفائه إبطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه، وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت القيمة رهناً. ولو اختلفا فأبطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص، لأن حق المرتهن وإن بطل بالفكاك لكن بعدما حكم القاضي ببطلان القصاص فلا يحتمل العود، وإن كانت الجناية خطأ أو شبه عمد فعلى عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين يقبضها المرتهن فتكون رهناً، لأن العبد وإن كان مضموناً من حيث إنه آدمي لا من حيث إنه مال على أصل أصحابنا رحمهم الله حتى لا تزاد ديته على دية الحر، ولكنه مرهون من حيث إنه مال لا من حيث إنه آدمي فجاز أن تقوم قيمته مقامه وتكون رهناً عند المرتهن.

ثم إن كان الرهن مؤجلاً كانت في يده إلى حل الأجل، وإذا حل فإن كانت القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وإن بقي فيها فضل رده على الراهن وإن كانت أقل من الدين استوفى منها من الدين بقدرها بالفضل، أي يرجع بالبقية على الراهن، وإن كانت من خلاف جنس الدين حبسها في يده إلى وقت الفكاك، وإن كان الدين حالاً فالحكم فيه، وفيما إذا كان مؤجلاً فحل سواء وقد بيناه، وتعتبر قيمة العبد في ضمان الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض، لأن ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك، وضمان

الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب، حتى لو كان الدين ألف درهم وقيمة العبد يوم الرهن ألفاً فانتقصت قيمته فتراجعت إلى خمسمائة فقتل غرم القاتل خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة، وإذا غرم خمسمائة بالاستهلاك كانت هذه الدراهم رهناً بمثلها من الدين ويسقط الباقي من الدين لأنه يصير مستوفياً كل الدين بها، ولا يجوز استيفاء أكثر من خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا، وهذا بخلاف ما إذا قتله عبد أقل قيمة منه فدفع به، لأن الدفع لا يؤدي إلى الربا لأنه لا يجوز استيفاء كل الدين من هذا العبد. ألا ترى أنه لو باعه جاز وإن كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا. وكذلك لو قتله المرتهن يغرم قيمته، والحكم فيه وفي الأجنبي سواء، وقد ذكرناه. ولو قتله الراهن فهذا وما إذا كان الرهن من غير بني آدم سواء، وقد ذكرناه فيما تقدم.

هذا إذا كان الجاني حراً، أما إذا كان عبداً أو/ أمة يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالفداء بقيمة [أ/٢١٦/ج] المقتول، فإن اختار الدفع فإن كانت قيمة المقتول مثل قيمة المدفوع أو أكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين ويجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف، وإن كانت قيمته أقل من قيمة المقتول بأن كانت قيمة المقتول ألفاً والدين ألف وقيمة المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين أيضاً ويجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكاك العبد المقتول لو كان حياً بجميع الدين في قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف.

وقال محمد: إن لم يكن بقيمة القاتل وفاءً بقيمة المقتول فالراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء تركه للمرتهن بدينه، فمحمد مر على أصله في الجعل بالدين عند تعذر الجبر على الافتكاك، وهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن. ولأبـي حنيفة وأبـي يوسف: أنه لما دفع الثاني بالأول قام مقام الأول لحماً ودماً والأول كان رهناً بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين فكذا الثاني.

وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص في السعر حتى صار يساوي مائة درهم فقتله عبد يساوي مائة درهم فدفع به فهو على الاختلاف. هذا إذا كان اختار مولى القاتل الدفع، فأما إذا اختار الفداء فإنه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة رهناً عند المرتهن.

ثم ينظر إن كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها، وإن كانت من خلاف الجنس حبسها رهناً حتى يستوفي جميع دينه ويجبر الراهن على الافتكاك عند أبـي حنيفة وأبـي يوسف، وعند محمد يخير الراهن بين الافتكاك بجميع الدين وبين الترك للمرتهن بالدين، وقد مرت المسألة.

هذا إذا كانت الجناية في النفس، فأما إذا كانت فيما دون النفس، فإن كان الجاني حراً يجب أرشه في ماله لا على عاقلته سواء كانت الجناية خطأ أو عمداً. أما الوجوب في ماله فلأن العاقلة لا تعقل فيما دون النفس، وأما التسوية بين الخطأ والعمد فلأن القصاص لا يجري بين الحر والعبد فيما دون النفس فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الأرش فكان الأرش رهناً مع العبد لأنه بدل جزء مرهون، وإن كان الجاني عبداً يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء بأرش الجناية فإن اختار الفداء بالأرش كان الأرش مع المجني عليه رهناً، وإن اختار الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهناً والخصومة في ذلك كله إلى المرتهن لأن حق الحبس له، والجاني فوت الحبس عن بعض أجزاء الرهن فله أن يقيم بدل الفائت فيقيمه مقامه رهناً. هذا الذي ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن وأما حكم جناية الرهن على غير الرهن فجنايته لا تخلو إما إن كانت على

بني آدم وإما إن كانت على غير بني آدم من سائر الأموال، فإن كانت على بني آدم فلا تخلو إما إن كانت عمداً وإما إن كانت خطأ أو في معناه، فإن كانت عمداً يقتص منه كما إذا لم تكن رهناً، لأن ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص، ألا يرى أنه لا يمنع إذا لم يكن رهناً، وإذا لم يكن الملك مانعاً فحق المرتهن أولى، لأنه دون الملك سواء قتل أجنبياً أو الراهن أو المرتهن، لأن القصاص ضمان الدم ولا حق للمولى في دمه بل هو أجنبي عنه، وكذا للمرتهن من طريق الأولى إذ الثابت له الحق والحق دون الملك فصارت جنايته على الراهن والمرتهن في حق القصاص وجنايته على الأجنبي سواء، وإذا قتل قصاصاً سقط الدين لأن هلاكه حصل في ضمان المرتهن فسقط ديته كما إذا هلك بنفسه.

هذا إذا كانت جنايته عمداً، فأما إذا كانت خطأ أو ملحقة بالخطأ، فإن كانت شبه عمد أو كانت عمداً لكن القاتل ليس من أهل وجوب القصاص عليه بأن كان صبياً أو مجنوناً أو كانت جنايته فيما دون النفس فإنه يدفع أو يفدي لأن هذه الجنايات من العبيد والإماء توجب الدفع أو الفداء، ثم ينظر إن كان العبد كله مضموناً بأن كانت قيمته مثل الدين أو دونه، نحو أن تكون قيمة العبد ألفاً والدين/ ألفاً، أو كان الدين ألفاً وقيمة العبد [ب/٢١٦/ج] خمسمائة يخاطب المرتهن أولاً بالفداء لأنه بالفداء يستبقي حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجناية من غير أن يسقط حق المرتهن.

ولو بدىء بالراهن وخوطب بالدفع أو الفداء على ما هو حكم الشرع فربما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن ويسقط دينه، فكانت البداءة بخطاب المرتهن بالفداء أولى، وإذا فداه بالأرش فقد استخلصه واستصفاه عن الجناية وصار كأنه لم يجن أصلاً فيبقى رهناً كما كان ولا يرجع بشيء مما فدى على الراهن لأنه فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعاً فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه أجنبي، ولأنه بالفداء أصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملاً لنفسه بالفداء فلا يرجع على غيره، وليس له أن يدفع لأن الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك رقبته.

وإن أبى الراهن أن يفدي يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء، لأن الأصل في الخطاب هو الراهن لأن الملك له، وإنما يبدأ بالمرتهن بخطاب الفداء صيانة لحقه فإذا أبى عاد الأمر إلى الأصل، فإن اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين، أما بطلان الرهن فلأن العبد زال عن ملكه بالدفع إلى خلف فخرج عن كونه رهناً، وأما سقوط الدين فلأن استحقاق الزوال حصل بمعنى في ضمان المرتهن فصار كأنه هلك في يده، وكذلك إن اختار الفداء لأنه صار قاضياً بما فدى المرتهن، لأن الفداء على المرتهن لحصول الجناية في ضمانه، إلا أنه لما أبى الفداء والراهن محتاج إلى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك إلا بالفداء فكان مضطراً في الفداء فلم يكن متبرعاً، فكان له أن يرجع على المرتهن بما فدى وله على الراهن مثله فيصير قصاصاً به.

وإذا صار قاضياً دين المرتهن مما فدى ينظر إلى ما فدى وإلى قدر قيمة العبد وإلى الدين فإن كان الفداء مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط الدين كله، وإن كان الفداء أقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين أو أكثر سقط من الدين بقدر الفداء وحبس العبد رهناً بالباقي، وإن كان الفداء قدر الدين أو أكثر وقيمة العبد أقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط أكثر منها، لأنه لو هلك العبد لا يسقط من الدين أكثر من قيمته فكذا عند الفداء. وإن كان العبد بعضه مضموناً والبعض أمانة بأن كانت قيمة العبد ألفين

والدين ألفاً فالفداء عليهما جميعاً لأن نصفه مضمون ونصفه أمانة فكان فداء نصف المضمون منه على المرتهن وفداء نصف الأمانة على الراهن فيخاطبان جميعاً بالدفع أو بالفداء، والمعنى من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع، لأن فعل الدفع ليس إليه.

ثم إذا خوطب بذلك إما إن اجتمعا على الدفع وإما إن اجتمعا على الفداء وإما إن اختلفا فاختار أحدهما الدفع والآخر الفداء، والحال لا يخلو إما أن يكونا حاضرين وإما إن كان أحدهما غائباً، فإن كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعا فقد سقط دين المرتهن لأن الدفع بمنزلة الهلاك، وإن اجتمعا على الفداء فدى كل واحد منهما بنصف الأرش، وإذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجناية ويكون رهناً كما كان وكان كل واحد منهما متبرعاً حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى، لأن كل واحد منهما أدى ما عليه فكان مؤدياً عن نفسه لا عن صاحبه، وإن اختلفا فأراد أحدهما الفداء والآخر الدفع فأيهما اختار الفداء فاختياره أولى.

أما المرتهن فلأنه بالفداء يستبقي حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن أولى.

وأما الراهن فلأنه يستبقي ملك الرقبة بالفداء والمرتهن باختيار الدفع يريد إسقاط دينه وإبطال ملك الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع نفع. بل كان سفهاً محضاً وتعنتاً بارداً فلا يلتفت إليه فكان للراهن أن يفدي.

ثم أيهما اختار الفداء فدى العبد بجميع الأرش ولا يملك الآخر دفعه، ثم ينظر إن كان الذي اختار الدفع هو المرتهن ففدى بجميع الأرش بقي العبد رهناً كما كان لأنه طهرت رقبته عن الجناية بالفداء فصار كأنه لم يجن ويرجع المرتهن على الراهن بدينه، وهل/ يرجع عليه بحصة الأمانة؟. [أ/ ٢١٧/ج]

ذكر الكرخي فيه روايتين: في رواية لا يرجع بل يكون متبرعاً، وفي رواية يرجع، وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أنه لا يرجع إلا بدينه خاصة، ولم يذكر اختلاف الرواية.

وجه الرواية الأولى: أنه التزم الفداء باختياره مع قدرته على أن لا يلتزم، لأنه لو لم يلتزم لخوطب الراهن فكان متبرعاً فيه فلا يملك الرجوع.

وجه الرواية الأخرى: أن المرتهن يحتاج إلى إصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح قدر الأمانة فكان مضطراً فلم يكن متبرعاً، وإن كان الذي اختار الفداء هو الراهن ففداه بجميع الأرش لا يكون متبرعاً بل يكون قاضياً بنصف الفداء دين المرتهن. ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل كل الدين سقط الدين كله وإن كان أقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهناً به. هذا إذا كانا حاضرين فأما إذا كان أحدهما حاضراً فليس له ولاية الدفع أيهما كان، سواء كان المرتهن أو الراهن.

أما المرتهن فلا شك فيه لأنه لا ملك له في العبد أصلاً والدفع تمليك فلا يتصور بدون الملك. وأما الراهن فلأن الدفع إسقاط حق المرتهن وله ولاية الفداء بجميع الأرش، فإن كان الحاضر هو المرتهن ففداه بجميع الأرش لا يكون متبرعاً في نصف الفداء عند أبي حنيفة وله أن يرجع على الراهن بدينه وبنصف الفداء لكنه يحبس العبد رهناً بالدين وليس له أن يحبسه رهناً بنصف الفداء بعد قضاء الدين.

وعند أبي يوسف ومحمد: كان المرتهن متبرعاً في نصف الفداء فلا يرجع على الراهن إلا بدينه خاصة، كما لو فداه بحضرة الراهن فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعاً في الحالين جميعاً، وأبو حنيفة رضي الله عنه فرق بين حال الحضرة والغيبة فجعله متبرعاً في الحضرة لا في الغيبة. وإن كان الحاضر هو الراهن ففداه بجميع الأرش لا يكون متبرعاً في نصف الفداء بالإجماع، بل يكون قاضياً بنصف الفداء دين المرتهن، كما لو فداه الراهن بحضرة المرتهن. وجه قولهما: أن المرتهن فدى ملك الغير بغير إذنه فكان متبرعاً كما لو فداه أجنبي، ولهذا كان متبرعاً في حالة الحضرة كما في الغيبة.

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه في حال الحضرة التزم الفداء باختياره مع إمكان خطاب الراهن فكان متبرعاً، والخطاب لا يمكن حالة الغيبة، وهو محتاج إلى إصلاح قدر المضمون، ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح قدر الأمانة فكان مضطراً فلم يكن متبرعاً.

هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن فأما حكم جناية ولد الرهن بأن قتل إنساناً خطأ فحكمه أنه لا فداء على المرتهن ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء. أما عدم وجوب الفداء على المرتهن فلأن خطابه بفداء الرهن مع أنه ليس ملكه لحصول الجناية من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لأنه ليس بمضمون أنه لو هلك يهلك بغير شيء.

وأما خطاب المولى بالدفع أو الفداء فلأن الملك له فإن دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شيء من الدين.

أما خروجه عن الرهن فلزوال ملك الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك. وأما عدم سقوط شيء من الدين فلأن الولد غير مضمون بالهلاك بخلاف الأم، وإن فدى فهو رهن مع أنه على حاله، فإن اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن: أنا أفدي فله ذلك لأن الولد مرهون وإن لم يكن مضموناً، ألا ترى أن الحكم الأصلي للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس فكان الفداء منه إصلاحاً للرهن فكان له ذلك.

هذا إذا جنى الرهن على أجنبي، فأما إذا جنى على الراهن أو على المرتهن، أما جنايته على نفس المرتهن جناية موجبة للمال أو على ماله فهدر لأن العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جناية العبد المغصوب على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة، لأن المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت الغصب فتبين أن تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه.

وأما جنايته على نفس المرتهن فهدر عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد معتبرة يدفع أو يفدي إن رضي به المرتهن ويبطل الدين، وإن قال المرتهن: لا أطلب الجناية لما في الدفع أو الفداء من سقوط حقي فله ذلك وبطلت الجناية والعبد رهن على حاله، هكذا أطلق الكرخي.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» وفصل فقال: إن كان العبد كله مضموناً بالدين فهو على الاختلاف، وإن كان بعضه مضموناً وبعضه أمانة فجنايته معتبرة بالاتفاق، فيقال للراهن: إن شئت فادفع وإن شئت فافده، فإن دفعه وقبل المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للراهن، وإن اختار الفداء فنصف الفداء على الراهن ونصفه على المرتهن فما كان حصة المرتهن يبطل وما كان حصة الراهن يفدي والعبد رهن على

حاله. واختلافهم في جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم في جنايته عند الغصب على الغاصب أنها هدر عند أبي حنيفة وعندهما معتبرة.

وجه قولهما: أن هذه/ جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة، كما إذا وردت على أجنبي، [ب/٢١٧/ج] وهذا لأن الأصل في الجنايات اعتبارها، وسقوط الاعتبار لمكان عدم الفائدة، وهنا في اعتبار هذه الجناية فائدة لأن موجبها الدفع وله فيه فائدة وهو الوصول إلى ملك العبد، وإن كان فيه سقوط دينه. ولأبي حنيفة: أن هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتهن، فورودها على غير المالك إن كان يقتضي أن تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتهن يقتضي أن لا تعتبر لأنها توجب الفداء عليه وذلك غير ممكن لما فيه من إيجاب الضمان عليه له وأنه محال فوقع الشك، والاحتمال في اعتبارها فلا تعتبر.

هذا إذا جنى على نفس المرتهن فأما إذا جنى على ماله فإن كانت قيمته والدين سواء وليس في قيمته فضل فجنايته هدر بالإجماع لأنه لا فائدة في اعتبار هذه الجناية، إذ ليس حكمها وجوب الدفع إلى المرتهن ليملكه بل تعلق الدين برقبته، فلو بيع وأخذ ثمنه لسقط دينه، فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فائدة فلا تعتبر. وإن كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان: في رواية تعتبر الجناية في قدر الأمانة، وفي رواية: لا يثبت حكم الجناية أصلاً، وجه الرواية الأولى: أن المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتهن وقدر الأمانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه فأمكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلزم اعتبارها.

وجه الرواية الأخرى: أن ذلك القدر وإن لم يكن مضموناً فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار. وأما جناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فلا شك أنها معتبرة لأن المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكاً له وفي حق المرتهن كونه في ضمانه ولم يوجد شيء من ذلك هنا فكانت جنايته عليه وعلى الأجنبي سواء.

هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على بني آدم، وأما حكم جنايته على سائر الأموال بأن استهلك ما لا تستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سواء، وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه إلا إذا قضى الراهن أو المرتهن دينه، فإذا قضاه أحدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكر من الفداء من جنايته على بني آدم سواء، وهو أنه إن قضى المرتهن الدين بقي دينه وبقي العبد رهناً على حاله لأنه بالفداء استفرغ رقبة العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى العبد رهناً بدينه، كما كان لو فداه عن الجناية. وإن أبى المرتهن أن يقضي وقضاه الراهن بطل دين / المرتهن لما ذكرنا في الفداء من الجناية، فإن امتنعا عن قضاء دينه يباع العبد بالدين [أ/٢١٨/ج] ويقضي دين الغريم من ثمنه، لأن دين العبد مقدم على حق المرتهن، ألا ترى أنه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن أولى لأنه دونه، ثم إذا بيع العبد وقضى دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو إما أن يكون فيه وفاء بدين الغريم وإما إن لم يكن فيه وفاء به، فإن كان فيه وفاء بدينه فدينه لا يخلو إما أن يكون مثل دين المرتهن وإما أن يكون أكثر منه وإما أن يكون أقل منه، فإن كان مثله أو أكثر منه سقط دين المرتهن كله لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجد في ضمان المرتهن فصار كأنه هلك، وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لأنه بدل ملكه لا حق لأحد فيه فيكون له خاصة، وإن كان أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن

العبد يكون رهناً عند المرتهن بما بقي لأنه لا دين فيه فيبقي رهناً.

ثم إن كان الدين قد حل أخذه بدينه إن كان من جنس حقه وإن كان من خلاف جنس حقه أمسكه إلى أن يستوفي حقه، وإن كان الدين لم يحل أمسكه بما بقي من دينه إلى أن يحل.

هذا إذا كان كل العبد مضموناً بالدين، فأما إذا كان نصفه مضموناً ونصفه أمانة لا يصرف الفاضل كله إلى المرتهن بل يصرف نصفه إلى المرتهن ونصفه إلى الراهن لأن قدر الأمانة لا دين فيه فيصرف ذلك إلى الراهن، وكذلك أن كان قدر المضمون منه والأمانة على التفاضل يصرف الفضل إليهما على قدر تفاوت المضمون والأمانة في ذلك لما قلنا.

وإن لم يكن في ثمن العبد وفاء بدين الغريم أخذ الغريم ثمنه وما بقي من دينه يتأخر إلى ما بعد العتاق ولا يرجع به على أحد لأنه لم يوجد سبب وجوب الضمان من أحد إنما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته واستيفاء الدين منها، فإذا لم تف رقبته بالدين يتأخر ما بقي إلى ما بعد العتق، وإذا أعتق وأدى الباقي لا يرجع بما أدى على أحد لأنه وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره. وكذلك حكم جناية ولد الرهن على سائر الأموال، وحكم جناية الأم سواء في أنه يتعلق الدين برقبته كما في الأم، إلا أن هنا لا يخاطب المرتهن بقضاء دين الغريم، لأن سبب وجوب الدين لم يوجد في ضمان المرتهن، ولأن الولد ليس بمضمون بخلاف الأم، بل يخاطب الراهن بين أن يبيع الولد بالدين وبين أن يستخلفه بقضاء الدين، فإن قضى الدين بقي الولد رهناً كما كان، وإن بيع بالدين لا يسقط شيء من دين المرتهن لأنه ليس بمضمون بخلاف الأم.

هذا الذي ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن، وحكم جناية الرهن على غير الرهن، فأما حكم جناية الرهن على الرهن فنقول وبالله التوفيق:

جناية الرهن على الرهن نوعان: جناية على الرهن نفسه وجناية على جنسه أما جنايته على نفسه فهي والهلاك بآفة سماوية سواء، ثم ينظر إن كان العبد كله مضموناً سقط من الدين بقدر النقصان، وإن كان بعضه مضموناً وبعضه أمانة سقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الأمانة.

وأما جناية الرهن على نفسه فعلى ضربين أيضاً: جناية بني آدم على جنسه وجناية البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها.

أما جناية بني آدم على جنسه بأن كان الرهن عبدين فجنى أحدهما على صاحبه فالعبدان لا يخلو إما إن كانا رهناً في صفقة واحدة وإما إن كانا رهناً في صفقتين، فإن كانا رهناً في صفقة واحدة فجنى أحدهما على صاحبه فجنايته لا تخلو من أربعة أقسام؛ جناية المشغول على المشغول، وجناية المشغول على الفارغ وجناية الفارغ على الفارغ وجناية الفارغ/ [ب/٢١٨/ج] على المشغول والكل هدر إلا واحدة وهي جناية الفارغ على المشغول فإنها معتبرة، ويتحول ما في المشغول من الدين إلى الفارغ ويكون رهناً مكانه.

أما جناية المشغول على المشغول فلأنها لو اعتبرت إما أن تعتبر لحق المولى أعني الراهن وإما أن تعتبر لحق المرتهن، والاعتبار لحق الرهن لا سبيل إليه في الفصول كلها، لأن كل واحد منهما ملكه، وجناية المملوك على المملوك ساقطة الاعتبار لحق المالك، لأن اعتبارها في حقه لوجوب الدفع عليه أو الفداء له،

وإيجاب شيء على الإنسان لنفسه ممتنع، ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل إلى اعتبار جناية المشغول على المشغول لحق المرتهن، لأن الاعتبار لحقه يحول ما في المجني عليه من الدين إلى الجاني، والجاني مشغول بدين نفسه، والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره. وكذلك جناية المشغول على الفارغ لما قلنا.

وأما جناية الفارغ على الفارغ فلأنه لا دين للفارغ ليتحول إلى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه. وأما جناية الفارغ على المشغول فممكن الاعتبار لحق يتحول ما فيه من الدين إلى الفارغ.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا كان الدين ألفين والرهن عبدين يساوي كل واحد منهما ألفاً فقتل أحدهما صاحبه أو جنى عليه جناية فيما دون النفس مما قل أرشها أو كثر فجنايته هدر ويسقط الدين الذي كان في المجني عليه بقدره ولا يتحول قدر ما سقط إلى الجاني، لأن كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجناية المشغول على المشغول هدر فجعل كأن المجني عليه هلك بآفة سماوية. ولو كان الدين ألفاً فقتل أحدهما صاحبه فلا دفع ولا فداء وكان القاتل رهناً بسبعمائة وخمسين، لأن في كل واحد منهما من الدين خمسمائة فكان نصف كل واحد منهما فارغاً ونصفه مشغولاً، فإذا قتل أحدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من المجني عليه وجناية قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه شيء من الدين ولا يتحول إلى الجاني، وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه إلى الجاني وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمسماية فيبقي رهناً بسبعمائة وخمسين.

ولو فقأ أحدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين في العين إلى الباقي فيصير الباقي رهناً بستمائة وخمسة وعشرين وبقي المفقوء عينه رهناً بمائتين وخمسين لأن العبد الفاقىء جنى على نصف العبد الآخر، لأن العين من الآدمي نصفه إلا أن ذلك النصف نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ من الدين والفاقىء جنى على النصف المشغول والفارغ جميعاً والفاقىء نصفه مشغول ونصفه فارغ، إلا أن جناية المشغول على قدر المشغول والفارغ وجناية الفارغ على قدر الفارغ والمشغول، فقدر جناية الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين إلى الفاقىء وذلك مائة وخمسة وعشرون، وقد كان في الفاقىء خمسمائة فيصير الفاقىء رهناً بستمائة وخمسة وعشرين ويبقى المفقوء عينه رهناً بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف والله عز وجل أعلم.

وإن كان العبدان رهناً في صفقتين، فإن كان فيهما فضل على الدين بأن كان الدين ألفاً وقدر كل واحد منهما ألفاً فقتل أحدهما الآخر تعتبر الجناية رهناً بخلاف الفصل الأول، لأن الصفقة إذا تفرقت صارت بمنزلة ما لو رهن كل واحد منهما رجلاً على حدة فجنى أحدهما على الآخر، وهناك يثبت حكم الجناية كذا ههنا بخلاف ما إذا اتحدت الصفقة.

وإذا اعتبرت الجناية هنا يخير الراهن والمرتهن فإن شاءا جعلا القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في القاتل من الدين، وإن شاءا فديا القاتل بقيمة المقتول ويكون رهناً مكان المقتول والقاتل رهن على حاله. وإن لم يكن فيهما فضل على الدين بأن كان الدين ألفين، وقيمة كل واحد منهما ألفاً فقتل أحدهما الآخر،

فإن دفعاه في الجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذي كان في القاتل وإن قالا: نفدي فالفداء كله على المرتهن بخلاف الفصل الأول، لأن هناك كل واحد منهما ليس بمضمون كل بل بعضه، وهنا كل واحد منهما مضمون كله فإذا حل الدين دفع الراهن ألفاً وأخذ عبده وكانت الألف الأخرى قصاصاً بهذه الألف إذا كان مثله.

ولو فقأ أحدهما عين الآخر قيل لهما: ادفعاه أو افدياه، فإن دفعاه بطل ما كان فيه من الدين، وإن فدياه كان الفداء عليهما نصفين، وكان الفداء رهناً مع المفقوء عينه، لأن الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن إذا جنى على عبد أجنبي.

فإن قال المرتهن: أنا لا أفدي ولكني أدع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاقىء رهناً مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المفقوء من الدين لأن اعتبار الجناية إنما كان لحق المرتهن لا لحق الراهن فإذا رضي المرتهن بهدر الجناية صار هدراً.

[أ/٢١٩/ج] وإن/ قال الراهن: أنا أفدي وقال المرتهن: لا أفدي كان للراهن أن يفديه، وهذا إذا طلب المرتهن حكم الجناية، لأنه إذا طلب حكم الجناية فحكمها التخيير وإن أبى الراهن الفداء.

وقال المرتهن: أنا أفدي والراهن حاضر أو غائب فهو على ما بينا في العبد الواحد.

وأما جناية البهيمة على جنسها فهي هدر لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**جُرح العجماء جبار**»[1] أي هدر، والعجماء البهيمة والجناية إذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بآفة سماوية سواء، وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث، وأما جناية بني آدم عليها فحكمها وحكم جنايته على سائر الأموال سواء، وقد بينا ذلك.

فصل: وأما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهوناً ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج ولا يبطل فنقول وبالله التوفيق:

يخرج المرهون عن كونه مرهوناً ويبطل الرهن بالإقالة لأنها فسخ العقد ونقضه والشيء لا يبقى مع ما ينقضه إلا أنه لا يبطله بنفس الإقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الإقالة حتى كان للمرتهن حبسه بعد الإقالة لأن العقد لا ينعقد في الحكم بدون القبض فلا يتم فسخه بدون فسخه أيضاً وفسخه بالرد.

وعلى هذا يخرج ما إذا رهن عبداً يساوي ألفاً بألف فقبضه المرتهن ثم جاء الراهن بجارية وقال

---

(١) أخرجه أحمد في «**المسند**» (٢/٢٣٩، ٢٥٤، ٢٧٤، ٢٨٥).
والبخاري في «**الصحيح**» كتاب الزكاة باب في الركاز الخمس
ومسلم في «**الصحيح**» كتاب الحدود باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار (١٧١٠).
والنسائي في «**السنن**» كتاب الزكاة باب المعدن (٥/٤٥).
والترمذي في «**السنن**» كتاب الأحكام باب ما جاء في العجماء جرحها جبار (١٣٧٧).
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» (٤/١٥٥).

للمرتهن: خذها مكان الأولى ورد العبد إليّ، لا شك أن هذا جائز، لأن هذا إقالة العقد في الأول وإنشاء العقد في الثاني وهما يملكان ذلك، إلا أنه لا يخرج الأول عن ضمان الرهن إلا بالرد على الراهن، حتى لو هلك في يده قبل الرد يهلك بالدين لما ذكرنا أن القبض في هذا الباب يجري مجرى الركن حتى لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض، وكذا لا يدخل الثاني في الضمان إلا برد الأول حتى لو هلك الثاني في يده قبل رد الأول يهلك أمانة لأن الراهن لم يرض برهنيتهما على الجميع وإنما رضي برهن أحدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الأول، والأول كان مضموناً بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضوناً ببعض القبض فيه لا يدخل الثاني في الضمان، ولو هلكا جميعاً في يد المرتهن فسقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شيء لأنها أمانة هلكت في يده فتهلك هلاك الأمانات.

ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج عن الضمان لأنه خرج عن كونه مرهوناً وصارت الجارية مضمونة، حتى لو هلكت تهلك بالدين لأنه رهنها بالدين الذي كان العبد مرهوناً به والعبد كان مضموناً بذلك الدين فكذا الجارية فإن كانت قيمة العبد خمسمائة وهو رهن بألف وقيمة الجارية ألف فهلكت تهلك بالألف لأنه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت رهناً ابتداء إلا أن شرط كونه مضموناً رد الأول لأنه لم يرض برهنهما جميعاً إلا أن يكون الثاني بدل الأول بل هو مقصود بنفسه في كونه رهناً فكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الأول.

ولو كان العبد يساوي ألفاً والجارية تساوي خمسمائة فرد العبد على الراهن وقبض الجارية فهي رهن بالألف، ولكنها إن هلكت تهلك بخمسمائة لما ذكرنا أن الثاني أصل بنفسه لكونه مرهوناً بعقد على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته ولا يخرج باستيفاء الدين حتى لو هلك في يد المرتهن بعد ما استوفى دينه فعليه رد ما استوفى ويخرج بالإبراء عن الدين عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ويبطل الرهن خلافاً لزفر، والمسألة مرت في مواضع أخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالإعارة ويخرج بالإجارة بأن أجره الراهن من أجنبي بإذن المرتهن أو المرتهن بإذن الراهن أو استأجره المرتهن ويبطل الرهن، وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم.

ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة إذا فعل أحدهما بإذن صاحبه، ويخرج بالبيع بأن باعه الراهن أو المرتهن بإذن الراهن أو باعه العدل، لأن ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لأنه زال إلى خلف وهو الثمن فبقي العقد عليه. وكذا في كل موضع خرج واختلف بدلاً ويخرج بالإعتاق إذا/ كان المعتق [ب/٢١٩/ج] موسراً بالإنفاق، وإن كان معسراً فكذلك عندنا، وعند الشافعي رحمه الله: لا يخرج بناء على أن الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ. وجه قوله: أن هذا إعتاق تضمن إبطال حق المرتهن ولا شك أنه تضمن إبطال حقه لأن حقه متعلق بالرهن ويبطل بالإعتاق وعصمة حقه تمنع من الإبطال ولهذا لا ينفذ البيع كذا الإعتاق بخلاف ما إذا كان الراهن موسراً لأن هناك لم يوجد الإبطال لأنه يمكنه الوصول إلى دينه للحال من جهة الراهن.

ولنا: أن إعتاقه صادف موقوفاً هو مملوكه رقبة فينفذ كإعتاقه الآبق والمستأجر، ودلالة الوصف ظاهر لأن المرهون مملوك للراهن عيناً ورقبة إن لم يكن مملوكاً يداً وحبساً وملك الرقبة يكفي لنفاذ الإعتاق، كما في اعتاق العبد المستأجر والآبق.

وقوله: يبطل حق المرتهن. قلنا: نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وذا لا يمنع النفاذ كما في موضع الإجماع، مع ما أن الثابت للراهن حقيقة الملك، والثابت المرتهن حق الحبس، ولا شك أن اعتبار الحقيقة أولى لأنها أقوى، بخلاف البيع لأن نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد جميعاً، لأن القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد في المرهون، لأنه في يد المرتهن، فإذا نفذ إعتاقه خرج العبد عن أن يكون مرهوناً لأنه صار حراً من كل وجه، والحر من وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه أولى، ولهذا لم يصلح رهناً في حالة الابتداء فكذا في حالة البقاء.

ثم ينظر إن كان الراهن موسراً والدين حال يجبر الراهن على قضائه لأنه لا معنى لإيجاب الضمان، وكذلك إن كان الدين مؤجلاً وقد حل الأجل، وإن كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد وأخذه المرتهن رضا مكانه ولا سعاية على العبد.

أما وجوب الضمان على الراهن فلأنه أبطل على المرتهن حقه حقاً قوياً هو في معنى الملك أو هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفياً دينه من ماليته من وجه فجاز أن يكون مضموناً بالإتلاف، وأما كونه رهناً فلأنه بدل العبد، وفي الحقيقة بدل ماليته فيقوم مقامه، وإذا حل الأجل ينظر إن كانت القيمة من جنس الدين يستوفي منها دينه، فإن كانت قيمته أكثر من الدين رد الفضل على الراهن، وإن كانت قيمته أقل من الدين يرجع بفضل الدين على الراهن، وإن كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتى يستوفي دينه.

وأما عدم وجوب السعاية على العبد فلأنه لم يوجد منه بسبب وجوب الضمان وهو الإتلاف، لأن الإتلاف وجد من الراهن لا من العبد ومؤاخذة الإنسان بالضمان من غير مباشرة سبب منه خلاف الأصل، وكذلك لو كان الراهن موسراً وقت الإعتاق ثم أعسر بعد ذلك، لأن العبرة لوقت الإعتاق لأنه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان، وإن كان معسراً فللمرتهن أن يرجع بدينه على الراهن إن شاء وإن شاء استسعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد أيضاً أقل قيمته وقت الرهن ووقت الإعتاق ويسعى في الأقل منهما ومن الدين، حتى لو كان الدين ألفين وقيمة العبد وقت الرهن ألفاً فازدادت قيمته في يد المرتهن حتى صارت تساوي ألفين ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد في ألف قدر قيمته وقت الرهن، ولو انتقصت قيمته حتى صار يساوي خمسمائة سعى في خمسمائة قدر قيمته وقت الإعتاق.

أما اختيار الرجوع على الراهن فلأنه أبطل حقه بالإعتاق، وأما ولاية استسعاء العبد فلأن بالرهن صارت مالية هذا العبد مملوكة للمرتهن من وجه، لأنه صار مستوفياً لدينه من ماليته فإذا أعتقه الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة عند العبد فوصلت إلى العبد بالإتلاف مالية مشغولةً بحق المرتهن فكان للمرتهن أن يستخرجها منه، ولا يمكنه ذلك إلا باستسعاء العبد فله أن يستسعيه بخلاف حالة اليسار، لأن الدين في الحقيقة على الراهن وإنما العبد جعل محلاً لاستيفاء/ [١/٢٢٠ج] الدين منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما هو موضوع الرهن في الشرع أن الراهن يؤمر بقضاء الدين وعند التعذر يستوفى من الرهن كما قبل قبل الإعتاق والتعذر عند إعسار الراهن لا عند يساره فيسعى في حال الإعسار لا في حال اليسار، وبخلاف العبد المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري وهو مفلس لا يكون للبائع ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن، وإن كان محبوساً

قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لأن العبد بنفس البيع خرج عن ملك البائع من كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبائع عند العبد، وإنما للبائع مجرد حق الحبس فإذا خرج عن محلية الحبس بالإعتاق بطل حق الحبس أصلاً وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب أما ههنا فبخلافه.

وأما السعاية في الأقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا أن الاستسعاء لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند العبد فتقدر السعاية بقدر الاحتباس، ثم إذا سعى العبد يرجع بما سعى على الراهن لأنه قضى دين الراهن من خالص ملكه على وجه الاضطرار، لأن الشرع أوجب عليه السعاية والقاضي ألزمه، ومن قضى دين غيره مضطراً من مال نفسه لا يكون متبرعاً ويرجع عليه كالوارث إذا قضى دين الميت من مال نفسه أنه يرجع على التركة، كذا هذا، فإن بقي بعد السعاية شيء من الدين رجع المرتهن بذلك على الراهن.

ولو نقص العبد في السعر قبل الإعتاق بأن كان الدين ألفاً وقيمة العبد وقت الرهن ألفاً فنقص في السعر حتى عادت قيمته إلى خمسمائة ثم أعتقه الراهن وهو معسر سعى في قدر قيمته وقت الاعتاق وهو خمسمائة فللمرتهن أن يرجع على الراهن بخمسمائة أخرى لأنه لم يصل إليه من حقه إلا قدر خمسمائة فله أن يرجع عليه بالباقي، ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبد يساوي مائة درهم فدفع مكانه فأعتقه الراهن وهو معسر يسعى في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن بتسعمائة، لأنه لما دفع به فقد قام مقام الأول لحماً ودماً فصار رهناً بجميع المال كان الأول قائم وتراجع سعره إلى مائة فأعتقه الراهن وهو معسر. ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الإعتاق مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن، وكان للمرتهن أن يرجع ببقية دينه على الراهن. كذا هذا.

ولو كان الرهن جارية تساوي ألفاً بألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فأعتقها المولى وهو معسر سعيا في ألف لأن الضمان فيهما ألف. ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى في ألف درهم لأنه كان مضموناً بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحماً ودماً وهي كانت مضمونةً بهذا القدر كذا هذا.

ولو قال المولى لعبده: رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم.

وقال زفر رحمه الله: القول قول العبد ولا سعاية عليه.

وجه قوله: أن المولى بهذا الإقرار يريد إلزام السعاية على العبد، وقوله في إلزام السعاية عليه غير مقبول كما لو أقر عليه بذلك بعد الإعتاق.

ولنا: أنه أقر بما يملك إنشاءه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح، ولا يلتفت إلى تكذيب العبد بخلاف ما بعد الإعتاق لأنه هناك أقر بما لا يملك للحال إنشاءه لزوال ملك الولاية بالإعتاق، هذا إذا أعتقه فأما إذا دبره فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه رهناً، أما جواز التدبير فلأنه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الإعتاق وملك الرقبة قائم بعد الرهن.

وأما خروجه عن الرهن فلأن المدبر لا يصلح رهناً لأن كون المرهون مالاً مطلقاً شرط جواز الرهن

على ما بينا فيما تقدم، وبالتدبير خرج من أن يكون مالاً مطلقاً فيخرج عن كونه رهناً ولهذا لم يصلح رهناً ابتداء فكذا في حالة البقاء، وهل يسعى للمرتهن؟ لا/ خلاف في أن الراهن إذا كان معسراً يسعى، وأما إذا [ب/٢٢٠/ج] كان موسراً ذكر الكرخي رحمه الله أنه يسعى، وذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**» أنه لا يسعى، وسوى بين المرتهن وبين الإعتاق، وهو أن الدين إن كان حالاً أخذ المرتهن جميع دينه من الراهن، وإن كان مؤجلاً أخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهناً مكانه كما في الإعتاق.

وجه ما ذكره الكرخي: أن الدين على المولى وكسب المدبر ملك المولى لأنه بالتدبير لم يخرج عن ملك المولى فكانت سعاية مال المولى فكان صرف السعاية إلى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى فيستوي فيه حال الإعسار واليسار بخلاف كسب المعتق لأنه كسب الحر من كل وجه، وكسب الحر من كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه، والأصل أن لا يؤمر الإنسان بقضاء دين غيره من مال نفسه إلا عند العجز عن القضاء بنفسه فيتقيد بحال العجز وهي حالة الإعسار.

وجه ما ذكره القاضي: أن السعاية وإن كانت ملك المولى لكن لا صنع للعبد في الكتابة بسبب وجوبها، إذ لا صنع لـه في التدبير بل هو فعل المولى، ومهما أمكن إيجاب الضمان على من وجد منه مباشرة بسبب وجوبه كان أولى من إيجابه على من لا صنع فيه أصلاً ورأساً، فإذا كان المولى معسراً كان الإمكان ثابتاً فلا معنى لإيجـاب السعاية على العبد. ثم إذا سعى في حالة الإعسار يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ. لأن السعاية مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهـن استيفاء الدين من مـال المولى فكان له أن يستوفيه بتمامه. سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً لما قلنا، وقيل: إن كان الدين حالاً فكذلك، فأما إذا كان مؤجلاً فلا يسعى إلا في قدر قيمته ويكون رهناً مكانه، وهكذا ذكر القاضي في «**شرحه مختصر الطحاوي**».

ووجه الفرق على هذا القول: أن الدين إذا كان حالاً كان واجب القضاء للحال على سبيل التضييق، وهذا مال المولى فيقضي منه دينه على الكمال، وإذا كان مؤجلاً لا يجب قضاؤه للحال أصلاً ولا يجب على سبيل التضييق، إلا أن الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فتجب إعادة حقه إليه بعوض يقوم مقامه جبراً للفائت فيتقدر الجائز بقدر الفائت فيستسعيه بقدر قيمته ويكون رهناً مكانه ولا يرجع المدبر بما يسعى على الراهن بخلاف المعتق، فوقع الفرق بين التدبير والإعتاق في موضعين:

أحدهما: أن المدبر يسعى في جميع الدين بالغاً ما بلغ ولا ينظر إلى القيمة والمعتق يسعى في الأقل من قيمته ومن الدين.

والثاني: أن المدبر لا يرجع بما يسعى على المولى والمعتق يرجع، والفرق بينهما يرجع إلى حرف واحد، وهو أن سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه إذ الفائت بالتدبير ليس إلا منفعة البيع فكان الاستسعاء استيفاء الدين من مال المولى فله أن يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما يسعى على المولى لأنه قضى دين المولى من مال المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق، لأن سعاية ملكه على الخصوص لأنه حر خالص، إلا أنه لزمته السعاية لاستخراج ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده وهو مال فتتقدر

السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولى إذا كان معسراً لأنه قضى ديناً واجباً عليه من مال نفسه مضطراً فيملك الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله أعلم.

وعلى ما ذكره الكرخي رحمه يقع الفرق بينهما في موضع ثالث أيضاً، وهو أن المدبر يسعى مع إيسار المولى، والمعتق لا يسعى مع إيساره، وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم.

هذا إذا أعتق أو دبر، فأما إذا استولد بأن كان الرهن جارية فحبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعواه لا يخلو أما إن كانت قبل وضع الحمل وإما إن كانت بعده، فإن كانت قبل وضع الحمل صحت دعوته ويثبت نسب الولد منه وصارت الجارية أم ولد له وخرجت عن الرهن.

أما صحة الدعوة فلأن الجارية ملكه من كل وجه، والملك من وجه يكفي لصحة الدعوة، فالملك من كل وجه أولى، وثبوت النسب حكم صحة الدعوة/ ، وصيرورة الجارية أم ولد له حكم ثبوت النسب، [أ/ ٢٢١/ج] وخروج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاد وهو صيرورتها أم ولد له، لأن أم الولد لا تصلح للرهن، ألا ترى أنها لا تصلح رهناً ابتداء فكذا في حال البقاء، ولا سعاية على الولد لأنه صار حراً قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه.

وأما الجارية فحكمها حكم العبد المرهون إذا دبره الراهن، وقد بينا ذلك كله، وإن كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد صحت دعوته وثبت النسب وصار حراً وصارت الجارية أم ولد له وخرجت من الرهن لما ذكرنا في الفصل الأول، إلا أن هنا صار الولد حراً بعدما دخل في الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما، إلا أن قيمة الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدبر في جميع الدين، وقد ذكرنا ذلك وحكم الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما ذكرنا؛ وقد بينا ذلك، إلا أن هناك ينظر إلى ثلاثة أشياء: إلى قيمة العبد وقت الرهن، وإلى قيمته وقت الإعتاق وإلى الدين فيسعى في الأقل من الأشياء الثلاثة، وهنا ينظر فقط إلى قيمة الولد وقت الدعوة وإلى حصته من الدين فيسعى في أقلهما إذا كان الراهن معسراً ويرجع بما سعى عليه.

فصل: وأما حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق: إذا كان الدين ألف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به، فقال الراهن: إنه رهن بخمسمائة وقال المرتهن: بألف، فالقول قول الراهن مع يمينه، لأن المرتهن يدعي على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله. ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لأنها تثبت زيادة ضمان.

ولو قال الراهن: رهنته بجميع الدين الذي لك علي وهو ألف والرهن يساوي ألفاً، وقال المرتهن: ارتهنته بخمسمائة والرهن قائم، فقد روي عن أبي حنيفة أن القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لأنهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فأشبه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن، وهناك يتحالفان ويترادان، كذا هنا، فإن هلك الرهن قبل أن يتحالفا كان كما قال المرتهن لأن الراهن يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر وإن إتفقا على أن الرهن كان بألف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن لأن

الراهن يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب في مقدار الضمان، فكذا هذا.

ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت زيادة ضمان، وكذلك لو كان الرهن ثوبين هلك أحدهما فاختلفا في قيمة الهالك إن القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما قلنا، وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن: رهنتني هذين الثوبين بألف درهم، وقال الراهن: رهنت أحدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لأنهما اختلفا في قد المعقود عليه وأنه يوجب التحالف كما في باب البيع. ولو أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن، هكذا ذكر في «**الأصل**» لأنها تثبت زيادة ضمان. ولو قال الراهن للمرتهن: هلك الرهن في يدك، وقال المرتهن: قبضته من بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لأنهما اتفقا على دخوله في الضمان والمرتهن يدعي البراءة والراهن ينكر فكان القول قوله، ولو أقاما البينة فالبينة بينته أيضاً لأنها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة أولى. ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل أن أقبضه فالقول قوله لأن الراهن يدعي دخوله في الضمان وهو ينكر. ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت الضمان.

ولو كان الرهن عبداً فاعور فاختلفا فقال الراهن: كانت القيمة يوم الرهن ألفاً فذهب بالاعورار النصف خمسمائة، وقال المرتهن: لا/ بل كانت قيمته يوم الرهن خمسمائة وإنما ازداد بعد ذلك فإنما ذهب من حقي [ب/٢٢١/ج] الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لأنه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهداً له. وإن أقاما البينة فالبينة بينته أيضاً لأنها تثبت زيادة ضمان فكانت أولى بالقبول ولو كان الدين مائة والرهن في يد عدل فباعه فاختلفا فقال الراهن: باعه بمائة وقال المرتهن: بخمسين ودفع إليّ، وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن المرهون خرج عن كونه مضموناً بنفسه بخروجه عن كونه رهناً بالمبيع وتحول الضمان إلى الثمن، فالراهن يدعي تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله، كماإذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه.

ولو أقاما البينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة أولى لأن اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعي خروجه عن الضمان وتحول الضمان إلى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه.

وكذلك قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بأن ادعى أنه باعه بمثل الثمن وهو ألف فالقول قوله وإن قال: بعته بتسعمائة لم يقبل قوله، فصار كأنه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان إلى أن تجيء بينته أو يصدقه لما ذكرنا أنه كان مضموناً فلا يقبل قوله في انتقال الضمان، وكذلك العدل إذا قال: بعت بتسعمائة ولا يعلم إلا بقوله لم يكن على العدل إلا تسعماية ويكون الراهن راهناً بمافيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالمائة الفاضلة، لأن قول العبد مقبول في براءة نفسه غير مقبول في إسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به، ولا في الرجوع على الراهن.

وذكر في «**الأصل**» إذا كان المرتهن مسلطاً على البيع فأقام بينة أنه باعه بتسعة وأقام الراهن بينة أنه مات في يد المرتهن أخذ ببينة المرتهن.

وقال أبو يوسف: يؤخذ ببينة الراهن. وجه قوله: أن بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة أولى.

وجه رواية «الأصل»: أن بينة المرتهن تثبت أمراً لم يكن وهو تحول الضمان من العين إلى الثمن وبينة الراهن تقرر ضماناً كان ثابتاً قبل الموت فكانت المثبتة أولى، والله تعالى أعلم.

كتاب المزارعة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في معنى المزارعة لغة وشرعاً، وفي بيان شرعيتها، وفي بيان ركن المزارعة، وفي بيان الشرائط المصححة للركن على قول من يجيز المزارعة والشرائط المفسدة لها، وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة، وفي بيان المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة وفي بيان الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجودها، وفي بيان حكم المزارعة المنفسخة.

أما الأول: فالمزارعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الإنبات، والإنبات المضاف إلى العبد مباشرة فعل أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وإيجاده، وفي عرف الشرع: عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعاً.

فإن قيل: المزارعة من باب المفاعلة فيقتضي وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره، بدليل أنه يسمى هو مزارعاً دون رب الأرض والبذر ومن لا عمل من جهته فكيف يسمى هذا العقد مزارعة؟ فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: إن المفاعلة جاز أن تستعمل فيما لا يوجد الفعل إلا من واحد كالمداواة والمعالجة، وإن كان الفعل لا يوجد إلا من الطبيب والمعالج وقال الله تعالى عز شأنه: ﴿**قَاتَلَهُمُ اللَّهُ أَنَّى يُؤْفَكُونَ**﴾[1] ولا أحد يقصد مقاتلة الله عز شأنه فكذلك المزارعة جاز أن تكون كذلك.

والثاني: إن كان أصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين، لأن المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الإنبات/ لغة وشرعاً، والإنبات المتصور من العبد هو التسبيب لحصول النبات، وفعل التسبيب [٢٢٢/أ/ج] يوجد من كل واحد منهما، إلا أن التسبيب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من العمل بإعطاء الآلات والأسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة، فكان كل واحد منهما مزارعاً حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبيب، إلا أنه اختص العامل بهذا الاسم في العرف، ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحوه على ما عرف في أصول الفقه.

فصل: وأما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها، قال أبو حنيفة عليه الرحمة: إنها غير مشروعة، وبه أخذ الشافعي رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إنها مشروعة.

وجه قولهما: ما روي «**أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دفع نخلَ خيبرَ معاملةً وأرضها مُزَارعةً**»[2]، وأدنى درجات

---

(١) سورة التوبة، الآية: (٣٠).

(٢) أخرج الشيخان في «صحيحيهما» عن ابن عمر رضي عنهما: «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من تمر أو زرع».

فعله عليه الصلاة والسلام الجواز، وكذا هي شريعة متوارثة لتعامل السلف والخلف ذلك من غير إنكار.

وجه قول أبي حنيفة: أن عقد المزارعة استئجار ببعض الخارج وأنه منهي بالنص والمعقول.

أما النص: فما روي عن رسول الله ﷺ: «**أنه قَالَ لِرَافع بن خَدِيْجٍ في حَائِطٍ: لا تَستأجِرْهُ بشيءٍ مِنْهُ**»[1]، وروي عن رسول الله ﷺ: «**أنه نهى عن قفيز الطحان**»[2]، والاستئجار ببعض الخارج في معناه، والمنهي غير مشروع.

وأما المعقول: فهو أن الاستئجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحوه استئجار ببدل مجهول وأنه لا يجوز كما في الإجارة، وبه تبين أن حديث خيبر محمول على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض، والدليل على أنه لا يمكن حمله على المزارعة أنه عليه الصلاة والسلام قال فيه: «**أقركم ما أقركم الله**»، وهذا منه عليه الصلاة والسلام تجهيل المدة، وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف، بقي ترك الإنكار على التعامل وذا يحتمل أن يكون للجواز، ويحتمل أن يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال.

فصل: وأما ركن المزارعة فهو الإيجاب والقبول، وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل: دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا، ويقول العامل: قبلت أو رضيت أو ما يدل على قبوله ورضاه، فإذا وجدا تم العقد بينهما.

فصل: وأما الشرائط فهي في الأصل نوعان: شرائط مصححة للعقد على قول من يجيز المزارعة، وشرائط مفسدة له، أما المصححة فأنواع بعضها يرجع إلى المزارع وبعضها يرجع إلى الزرع، وبعضها يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة. وبعضها يرجع إلى الآلة للمزارعة، وبعضها إلى الخارج، وبعضها يرجع إلى المزروع فيه، وبعضها يرجع إلى مدة المزارعة.

أما الذي يرجع إلى المزارع فنوعان:

الأول: أن يكون عاقلاً فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعاً واحداً لأن العقل شرط أهلية التصرفات.

وأما البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى تجوز مزارعة الصبي المأذون دفعاً واحداً، لأن المزارعة استئجار ببعض الخارج والصبي المأذون يملك الإجارة لأنها تجارة فيملك المزارعة، وكذلك الحرية ليست

---

(١) أخرجه أحمد في «**المسند**» (٤/ ١٤١) والترمذي في «**السنن**» (١٣٨٤) كتاب الأحكام باب من المزارعة.
والنسائي (٧/ ٣٥).
وأبو داود في «**السنن**» كتاب البيوع والإجارات باب في التشديد في ذلك (يعني المزارعة) (٣٤٠٢) قال المنذري: في إسناده: بكير بن عامر البجلي الكوفي وقد تكلم فيه غير واحد.

(٢) أخرجه الدارقطني في «**السنن**» كتاب البيوع (٣/ ٤٧).
والبيهقي في «**السنن الكبرى**» كتاب البيوع باب النهي عن عسب الفحل (٥/ ٣٣٨).وابن حجر في «**المطالب العالية**» (١/ ٤٠٠).

بشرط لصحة المزارعة، فتصح المزارعة من العبد المأذون دفعاً واحداً لما ذكرنا في الصبي المأذون.

والثاني: أن لا يكون مرتداً على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قياس قول من أجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة، وعندهما هذا ليس بشرط لجواز المزارعة، ومزارعة المرتد نافذة للحال.

بيان ذلك: أنه إذا دفع المرتد أرضاً إلى رجل مزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع فعمل الرجل وأخرجت الأرض زرعاً، ثم قتل المرتد أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه بدار الحرب، فهذا على وجهين:

[ب/٢٢٢/ج] إما إن دفع الأرض والبذر جميعاً مزارعة أو دفع الأرض دون البذر/، فإن دفعهما جميعاً مزارعة فالخارج كله للمزارع ولا شيء لورثة المرتد لأن مزارعته كانت موقوفة فإذا مات أو لحق بدار الحرب تبين أنه لم يصح أصلاً فصّار كأن العامل زرع أرضه ببذر مغصوب، ومن غصب من آخر حباً وبذر به أرضه فأخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لأنه مغصوب استهلكه وله مثله فيلزمه مثله.

ثم ينظر إن كانت الأرض نقصتها المزارعة فعليه ضمان النقصان لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما وراء قدر البذر ونقصان الأرض، لأنه حصل بسبب خبيث فكان سبيله التصدق، وإن كانت لم ينقصها المزارعة فلا ضمان عليه لانعدام الإتلاف، وإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعدما استحصد، لأنه لما أسلم تبين أن المزراعة وقعت صحيحة.

وعند أبي يوسف ومحمد: الخارج على الشرط كيف ما كان، لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات الملسم فتكون حصته له. فإن مات أو لحق بدار الحرب يكون لورثته.

وإن دفع إليه الأرض دون البذر فالخارج له أيضاً لأنه لما ظهر أنه لما لم تصح المزراعة صار كأنه غصب أرضاً وبذرها ببذر نفسه فأخرجت. ولو كان كذلك كان الخارج له، كذا هذا، إلا أنه يأخذ من ذلك قدر بذره ونفقته وضمان النقصان إن كانت المزارعة نقصتها ويتصدق بالفضل لما ذكرنا. وإن كانت لم تنقصها فقياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قياس قول من أجاز المزراعة أن يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان الأرض ولا غيره، وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على الشرط.

وجه القياس: ما ذكرنا أنه يصير بمنزلة الغاصب، ومن غصب من آخر أرضاً فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها الزراعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شيء. كذا هذا.

وجه الاستحسان: أن انعدام صحة تصرف المرتد بعد الموت واللحاق ليس لمكان انعدام أهليته لأن الردة لا تنافي انعدام الأهلية بل لتعلق حق ورثته بماله لوجود أمارة الاستغناء بالردة لأن الظاهر أنه لا يسلم بل يقتل أو يلحق بدار الحرب فيستغني عن ماله فيثبت التعلق نظراً لهم، ونظرهم هنا في تصحيح التصرف لا في إبطاله ليصل إليهم شيء فأشبه العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل أنه لا يبطل تصرفه بل يصحح حتى تجب الاجرة، لأن الحكم يبطلان تصرفه لنظر المولي، ونظره ههنا في التصحيح دون الإبطال، كذا هذا وإذا أسلم المرتد فالخارج على الشرط سواء أسلم قبل انقضاء المزارعة أو بعد انقضائها، نقصت الزراعة

الأرض أو لم تنقصها، كما ذكرنا في الوجه الأول، وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما كان أسلم أو قتل أو لحق، لأن تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم.

هذا إذا دفع مرتد أرضه مزارعة إلى مسلم، فأما إذا دفع مسلم أرضه مزارعة إلى مرتد فهذا على وجهين أيضاً: إما إن دفع الأرض والبذر جميعاً، أو دفع الأرض دون البذر، فإن دفعهما جميعاً مزارعة فعمل المرتد فأخرجت الأرض زرعاً كثيراً ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف، لأن انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين ردته بل لتضمنه إبطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد ههنا ليس تصرفاً في ماله بل على نفسه بإيفاء المانع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور.

وإن دفع الأرض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرعاً ففي قياس قول أبـي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة إن الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الأرض لأن عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج/ حادثاً على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته، وفيه [أ/٢٢٣/ج] إشكال وهو أن هذا الخارج من أكساب ردته، وكسب الردة فيء عند أبـي حنيفة فكيف يكون لورثته؟.

والجواب: أنه حين بذر كان حق الورثة متعلقاً بالبذر لما مر من قبل. فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الأرض لأن ضمان النقصان يعتمد إتلاف مال الغير بغير إذنه ولم يوجد، إذ المزارعة حصلت بإذن المالك.

وعند أبـي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما إذا كان مسلماً لما ذكرنا. وإن أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف، سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا.

هذا إذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم، فأما إذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف، لأنه لما كان مسلماً وقت العقد صح التصرف، فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله، وأما المرتدة فتصح مزارعتها دفعاً واحداً بالإجماع، لأن تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعاً واحداً بمنزلة مزارعة المسلمة.

فصل: وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد، وهو:أن يكون معلوماً بأن بيّن ما يزرع، لأن حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان، فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها، وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافاً إلى التزامه، إلا إذا قال له: ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء، لأنه لما فوض الأمر إليه فقد رضي بالضرر، إلا أنه لا يملك الغرس، لأن الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المزروع فهو:أن يكون قابلاً لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة، لأن ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة، حتى لو دفع أرضاً فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز، كذا قالوا لأن الزرع إذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلاً لعمل الزراعة.

فصل: وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأنواع: منها أن يكون مذكوراً في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد، لأن المزارعة استئجار والسكوت عن ذكر الأجرة يفسد الإجارة.

ومنها: أن يكون لهما حتى لو شرطا أن يكون الخارج لأحدهما يفسد العقد لأن معنى الشركة لازم لهذا العقد، وكل شرط يكون قاطعاً للشركة يكون مفسداً للعقد.

ومنها: أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطا أن يكون من غيره لا يصح العقد، لأن المزارعة استئجار ببعض الخارج به تنفصل عن الإجارة المطلقة.

ومنها: أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة، ولهذا شرط بيان مقدار الأجرة في الإجارات. كذا هذا.

ومنها: أن يكون جزءاً شائعاً من الجملة، حتى لو شرط لأحدهما قفزاناً معلومة لا يصح العقد لأن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة تنعقد إجارة ثم تتم شركة.

أما معنى الإجارة فلأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لأن البذر إن كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو نماء بذره، وإن كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة استئجاراً إما للعامل، وإما للأرض لكن ببعض الخارج.

وأما معنى الشركة فلأن الخارج يكون مشتركاً بينهما على الشرط المذكور وإذا ثبت أن معنى الإجارة [ب/٢٢٣/ج] والشركة لازم لهذا العقد فاشتراط قدر معلوم من/ الخارج ينفي لزوم معنى الشركة لاحتمال أن الأرض لا تخرج زيادة على القدر المعلوم، ولهذا إذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح. كذا هذا وكذا إذا ذكر جزءاً شائعاً وشرط معه زيادة أقفزة معلومة إنه لا يصح لما قلنا وعلى هذا إذا شرط أحدهما البذر لنفسه وأن يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة لجواز أن لا تخرج الأرض إلا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى الشركة، ولأن هذا في الحقيقة شرط قدر البذر أن يكون له لا عين البذر لأن عينه تهلك في التراب. وذا لا يصح لما ذكرنا، وهذا بخلاف المضاربة لأن قدر رأس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط، لأن المضاربة تقتضي الشركة في الربح لا في غيره ودفع رأس المال لانعدام معنى الشركة في الربح. فأما المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج، واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين، وكذا إذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي لا يصح العقد، لأن ما على الماذيانات والسواقي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد، وقد روي أنهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لأحدهما ما على الماذيانات والسواقي، فلما بعث النبي المكرم عليه أفضل التحية أبطله.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المزروع فيه وهو الأرض فأنواع. منها أن تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة أو نزة لا يجوز العقد، لأن المزارعة عقد استئجار لكن ببعض الخارج، والأرض السبخة والنزة لا تجوز إجارتها فلا تجوز مزارعتها.

فأما إذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا تمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء وزمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها كما تجوز إجارتها.

ومنها: أن تكون معلومة فإن كانت مجهولة لا تصح المزارعة لأنها تؤدي إلى المنازعة، ولو دفع الأرض مزارعة على أن ما يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيراً فكذا يفسد العقد لأن المزروع فيه مجهول، لأن كلمة من للتبعيض فيقع على بعض الأرض وأنه غير معلوم.

وكذا لو قال: على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً لأن التنصيص على التبعيض تنصيص على التجهيل.

ولو قال: على أن ما زرعت فيها حنطة فكذا وما زرعت فيها شعيراً فكذا جاز لأنه جعل الأرض كلها ظرفاً لزرع الحنطة أو لزرع الشعير فانعدم التجهيل، ولو قال: على أن أزرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في «الأصل» أنه جائز، وهذا مشكل لأن المزروع فيه من الأرض مجهول فأشبه ما إذا قال: ما زرع فيها حنطة فكذا وما زرع فيها شعيراً فكذا، ومنهم من اشتغل بتصحيح جواب الكتاب، والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح.

ولو قال: على أنه إن زرع حنطة فكذا وإن زرع شعيراً فكذا وإن زرع سمسماً فكذا ولم يذكر منها فهو جائز لانعدام جهالة المزروع، فيه وجهالة الزرع للحال ليس بضائر لأنه فوض الاختيار إليه فأي ذلك اختاره يتعين ذلك العقد باختياره فعلاً كما قلنا في الكفارات الثلاث.

ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً جاز، لأنه لو زرع الكل حنطة أو الكل شعيراً لجاز، فإذا زرع البعض حنطة والبعض شعيراً أولى.

ومنها: أن تكون الأرض مسلمة إلى العامل مخلاة وهو أن يوجد من صاحب الأرض التخلية بين الأرض وبين العامل، حتى لو شرط العمل على رب الأرض لا تصح المزارعة لانعدام التخلية فكذا إذا اشترط فيه عملهما فيمنع التخلية جميعاً لما قلنا، ولهذا لو شرط رب المال في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لأنه شرط يمنع وجود ما هو شرط لصحة العقد وهو التخلية. كذا هذا.

وعلى هذا إذا دفع أرضاً وبذراً وبقراً على أن يزرع العامل وعبد رب الأرض وللعامل الثلث ولرب الأرض الثلث ولعبده الثلث فهو جائز على ما اشترط لأن صاحب الأرض صار مستأجراً للعامل ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه فصح، وشرط العمل على عبده لا يكون شرطاً على نفسه، لأن العبد المأذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الأجنبي فلا/ يمنع تحقيق التخلية فلا يمنع الصحة [أ/٢٢٤/ج] ويكون نصيب العبد لمولاه، وإن كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لأنه يصير مستأجراً للأرض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وذا لا يصح على ما نذكر ويكون الخارج له وعليه أجر مثل الأرض والبقر والعبد، لأن هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما يذكر في موضعه.

وكذا لو كان شرط عمل رب الأرض مع ذلك كان له أيضاً أجر مثل عمله لأن هذا شرط مفسد للعقد والله أعلم.

فصل: وأما الذي يرجع إلى ما عقد عليه المزارعة فهو أن يكون المعقود عليه في باب المزارعة مقصوداً من حيث إنها إجارة أحد أمرين: إما منفعة العامل بأن كان البذر من صاحب الأرض، وإما منفعة الأرض بأن كان البذر من العامل، لأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض يصير مستأجراً للعامل وإذا كان من قبل العامل يصير مستأجراً للأرض، وإذا اجتمعا في الاستئجار فسدت المزارعة، فأما منفعة البقر فإن حصلت تابعة صحت المزارعة وإن جعلت مقصودة فسدت.

فصل: وبيان هذه الجملة ببيان أنواع المزارعة، فنقول وبالله التوفيق: المزارعة أنواع، منها أن تكون الأرض والبذر والبقر والآلة من جانب والعمل من جانب، وهذا جائز لأن صاحب الأرض يصير مستأجراً للعامل لا غير ليعمل له في أرضه ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر.

ومنها: أن تكون الأرض من جانب والباقي كله من جانب، وهذا أيضاً جائز لأن العامل يصير مستأجراً للأرض لا غير ببعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر.

ومنها: أن تكون الأرض والبذر من جانب والبقر والآلة والعمل من جانب، فهذا أيضاً جائز. لأن هذا استئجار للعامل لا غير مقصوداً. فأما البذر فغير مستأجر مقصوداً، ولا يقابله شيء من الأجرة، بل هي توابع للمعقود عليه وهو منفعة العامل لأنه آلة للعمل فلا يقابله شيء من العمل، كمن استأجر خياطاً فخاط بإبرة نفسه جاز ولا يقابلها شيء من الأجرة، ولأنه لما كان تابعاً للمعقود عليه فكان جارياً مجرى الصفة للعمل كان العقد عقداً على عمل جيد والأوصاف لا قسط لها من العوض فأمكن أن تنعقد إجارة ثم تتم شركة بين منفعة الأرض وبين منفعة العامل.

ومنها: أن تكون الأرض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف أنه يجوز.

وجه قوله: أنه لو كان الأرض والبذر من جانب جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل، فكذا إذا كان الأرض والبقر من جانب يجب أن يجوز ويجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الأرض.

وجه ظاهر الرواية: أن العامل هنا يصير مستأجراً للأرض والبقر جميعاً مقصوداً ببعض الخارج لأنه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هنا لاختلاف جنس المنفعة، لأن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض فبقيت أصلاً بنفسها فكان هذا استئجار البقر ببعض الخارج أصلاً ومقصوداً، واستئجار البقر مقصوداً ببعض الخارج لا يجوز لوجهين:

أحدهما: ما ذكرنا أن المزارعة تنعقد إجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الأول لأنه يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الأرض ومنفعة العامل.

والثاني: أن جواز المزارعة ثبت بالنص مخالفاً للقياس لأن الأجرة معدومة وهي مع انعدامها مجهولة فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما إذا كانت الآلة تابعة، فإذا جعلت مقصودة يرد إلى القياس.

ومنها: أن يكون البذر والبقر من جانب، والأرض والعمل من جانب، وهذا لا يجوز أيضاً لأن صاحب البذر يصير مستأجراً للأرض والعامل جميعاً ببعض الخارج، والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة.

ومنها: أن يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب، وهذا لا يجوز أيضاً/ لما قلنا، وروي عن [ب/٢٢٤/ج] أبي يوسف في هذين الفصلين أيضاً أنه يجوز، لأن استئجار كل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع.

والجواب: ما ذكرنا أن الجواز على مخالفة القياس ثبت عند الانفراد فتبقى حالة الاجتماع على أصل القياس، وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق أن يأخذ صاحب البذر الأرض مزارعة ثم يستعير من صاحبها ليعمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط.

ومنها: أن يشترك جماعة من أحدهم الأرض ومن الآخر البقر، ومن الآخر البذر، ومن الرابع العمل، وهذا لا يجوز أيضاً لما مر، وفي عين هذا ورد الخبر بالفساد، فإنه روى «**أَنَّ أَربعةَ نفرٍ اشتركُوا على عهدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ على هَذا الوجهِ، فأبطلَ رسولُ اللَّهِ ﷺ مُزَارَعَتَهُمْ**»[1] وعلى قياسِ ما روي عن أبي يوسف: يجوز.

ومنها: أن يشترط في عقد المزارعة أن يكون بعض البذر من قبل أحدهما والبعض من قبل الآخر، وهذا لا يجوز لأن كل واحد منهما يصير مستأجراً صاحبه في قدر بذره فيجتمع استئجار الأرض والعمل من جانب واحد وأنه مفسد. ومنها أن تكون الأرض من جانب والبذر والبقر من جانب دفع صاحب الأرض أرضه إليه على أن يزرعها ببذره وبقره مع هذا الرجل الآخر على أن ما خرج من شيء فثلثه لصاحب الأرض وثلثاه لصاحب البذر والبقر وثلثه لذلك العامل، وهذا صحيح في حق صاحب الأرض والعامل الأول فاسد في حق العامل الثاني، ويكون ثلث الخارج لصاحب الأرض وثلثاه للعامل الأول وللعامل الثاني أجر مثل عمله، وكان ينبغي أن تفسد المزارعة في حق الكل لأن صاحب البذر وهو العامل الأول جمع بين استئجار الأرض والعامل، وقد ذكرنا أن الجمع بينهما مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب الأرض والعامل الأول، وإنما كان كذلك لأن العقد فيما بين صاحب الأرض والعامل الأول وقع استئجاراً للأرض لا غير وأنه صحيح وفيما بين العاملين وقع استئجار الأرض والعامل جميعاً وأنه غير صحيح، ويجوز أن يكون العقد الواحد له جهتان:

جهة الصحة وجهة الفساد خصوصاً في حق شخصين فيكون صحيحاً في حق أحدهما فاسداً في حق الآخر. ولو كان البذر في هذه المسألة من صاحب الأرض صحت المزارعة في حق الكل والخارج بينهم على الشرط، لأن صاحب الأرض في هذه الصورة يعتبر مستأجراً للعاملين جميعاً، والجمع بين استئجار العاملين لا يقدح في صحة العقد، وإذا صح العقد كان الخارج على الشرط.

فصل: وأما الذي يرجع إلى آلة المزارعة فهو أن يكون البقر في العقد تابعاً، فإن جعل مقصوداً في

(١) لم أجده.

العقد تفسد المزارعة، وقد تقدم بيانه في الفصل المتقدم بما فيه كفاية.

فصل: وأما الذي يرجع إلى مدة المزارعة فهو:أن تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار ببعض الخارج، ولا تصح الإجارة مع جهالة المدة، وهذا هو القياس في المعاملة أن لا تصح إلا بعد بيان المدة لأنها استئجار العامل ببعض الخارج فكانت إجارة بمنزلة المزارعة، إلا أنها جازت في الاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة وتقع على أول جزء يخرج من الثمرة في أول السنة لأن وقت ابتداء المعاملة معلوم.

فأما وقت ابتداء المزارعة فمتفاوت، حتى إنه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان المدة وهو على أول زرع يخرج، كذا ذكر محمد بن سلمة أن بيان المدة في ديارنا ليس بشرط كما في المعاملة.

فصل: وأما الشرائط المفسدة للمزارعة فأنواع وقد دخل بعضها في بيان الشرائط المصححة. منها شرط كون الخارج لأحدهما لأنه شرط يقطع الشركة التي هي من خصائص العقد. ومنها شرط العمل على صاحب الأرض لأن ذلك يمنع التسليم وهو التخلية.

[٢٢٥/أ/ج] ومنها: شرط البقر عليه/ لأن فيه جعل منفعة البقر معقوداً عليها مقصودةً في باب المزارعة ولا سبيل إليه. ومنها شرط العمل والأرض جميعاً من جانبٍ واحدٍ لأن ذلك خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس على ما مر في الفصول المتقدمة.

ومنها: شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة، لأنه ليس من عمل المزارعة. ومنها شرط الحصاد والرفع إلى البيدر والدياس والتذرية لأن الزرع لا يحتاج إليه، إذ لا يتعلق به صلاحه، والأصل أن كل عمل يحتاج إليه الزرع قبل تناهيه وإدراكه وجفافه مما يرجع إلى إصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الأنهار وتسوية المسناة ونحوها فعلى المزارع لأن ما هو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المعقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع، وكل عمل يكون بعد تناهي الزرع وإدراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج إليه لخلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج لأنه ليس من عمل المزارعة، ولهذا قالوا: لو دفع أرضاً مزارعةً وفيها زرعٌ قد استحصد لا يجوز لانقضاء وقت عمل المزارعة إذ العمل فيه بعد الإدراك مما لا يفيده، وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل إلى البيت ونحوه مما يحتاج إليه لإحراز المقسوم، فعلى كل واحد منهما في نصيبه لأن ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره.

وروي عن أبي يوسف أنه أجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به أيضاً، وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان، والجذاذ في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف.

أما في ظاهر الرواية: فلا يشكل وأما على رواية أبي يوسف فلانعدام التعامل فيه. ولو باع الزرع قصيلاً فاجتمعا على أن يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما في قدر شرط الحب لأنه بمنزلة شرط الحصاد.

ومنها: شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله، وجملته: أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن شرطا

أن يكون التبن بينهما، وإما إن سكتا عنه، وإما إن شرطا أن يكون لأحدهما دون الآخر، فإن شرطا أن يكون بينهما لا شك أنه يجوز لأنه شرط مقرر مقتضى العقد، لأن الشركة في الخارج من الزرع من معاني هذا العقد على ما مر، وإن سكتا عنه يفسد عند أبي يوسف، وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما، وذكر الطحاوي أن محمداً رجع إلى قول أبي يوسف.

وجه قول محمد: أن ما يستحقه صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط، فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة.

وجه قول أبي يوسف: أن كل واحد منهما أعني الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب، وذا مفسد بالإجماع فكذا هذا وإن شرطا أن يكون لأحدهما دون الآخر، فإن شرطاه لصاحب البذر جاز ويكون له، لأن صاحب البذر يستحق من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده إلا تأكيداً. وإن شرطاه لمن لا بذر له فسدت المزارعة لأن استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لأنه نماء ملكه، ونماء ملك الإنسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذر من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وذا مفسد. كذا هذا.

ومنها: أن يشترط صاحب الأرض على المزارع عملاً يبقى أثره ومنفعته بعد مدة المزارعة، كبناء الحائط والسرقند واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك مما يبقى أثره ومنفعته إلى ما بعد انقضاء المدة، لأنه شرط لا يقتضيه العقد. وأما الكراب فلا يخلو في الأصل من وجهين: إما/ إن شرطاه في العقد [ب/٢٢٥/ج] وإما إن سكتا عنه، فإن سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع عليه لو امتنع أو لا فسنذكره في حكم المزارعة الصحيحة إن شاء الله تعالى، وإن شرطاه في العقد فلا يخلو أيضاً من وجهين: إما إن شرطاه مطلقاً عن صفة التثنية وإما إن شرطاه مقيداً بها، فإن شرطاه مطلقاً عن الصفة قال بعضهم: إنه يفسد العقد لأن أثره يبقى إلى ما بعد المدة، وقال عامتهم: لا يفسد وهو الصحيح لأن الكراب بدون التثنية مما يبطل السقي على وجه لا يبقى له أثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسداً للعقد. وإن شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة لأن التثنية إما أن تكون عبارة عن الكراب مرتين، مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الأرض على صاحبها مكروبة، وهذا شرط فاسد لا شك فيه لما ذكرنا أنه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة، لأن الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة في هذه السنة.

وإما أن يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وإنه عمل يبقى أثره ومنفعته إلى ما بعد المدة فكان مفسداً، حتى أنه لو كان في موضع لا يبقى لا يفسد. كذا قال بعض مشايخنا، ولو دفع الأرض مزارعة على أنه إن زرعها بغير كراب فللمزارع الربع، وإن زرعها بكراب فله الثلث، وإن كربها وثناها فله النصف فهو جائز على ما شرطا. كذا ذكر في «الأصل»، وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لأنه شرط مفسد فينبغي أن يفسدها هذا الشرط، وإذا عمل يكون له أجر مثل عمله.

فأما شرط الكِرَاب[1] وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لأنه غير مفسد وبعضهم صححوا جواب

(١) الكراب: وهو قلب الأرض للحرث من باب طلب انظر «المغرب» (٢/ ٢١٣).

الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح.

وفرع في «**الأصل**» فقال: ولو زرع بعض الأرض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جائز والشرط بينهما في كل الأرض نافذ على ما شرطا كذا في «**الأصل**» وهذا بناء على الأول لأنه إن شرط التثنية في كل الأرض عند اختياره ذلك يصح في البعض بالطريق الأولى.

فصل: وأما بيان حكم المزارعة الصحيحة عند من يجيزها فنقول وبالله التوفيق: للمزارعة الصحيحة أحكام، منها أن كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع إليه لإصلاحه فعلى المزارع لأن العقد تناوله وقد بيناه، ومنها أن كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقهما، وكذلك الحصاد والحمل إلى البيدر والدياس وتذريته لما ذكرنا أن ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع.

ومنها: أن يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور، لأن الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله عليه الصلاة والسلام: «**المسلمونَ عِنْدَ شُروطِهِمْ**»[1] ومنها أنها إذا لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء لواحد منهما لا أجر العمل ولا أجر الأرض، سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الأرض، بخلاف المزارعة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل وإن لم تخرج الأرض شيئاً، والفرق: أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شيء، والواجب في المزارعة الفاسدة أجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج، فانعدام الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة فهو الفرق.

ومنها: أن هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه لو امتنع بعدما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال: لا أريد زراعة الأرض له ذلك. سواء كان له عذر أو لم يكن، ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك إلا من عذر، وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع إلا من عذر، والفرق بين هذه الجملة: أن صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد إلا بإتلاف ملكه وهو البذر، لأن البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه، إذ الإنسان لا يجبر على إتلاف ملكه، ولا كذلك من ليس البذر من قبله، والمعاملات لأنه ليس في لزوم المعنى إياهم إتلاف ملكهم، فكان الشروع في حقهم ملزماً ولا ينفسخ إلا من عذر كما في سائر الإجارات، وسواء كان المزارع كرب الأرض أو لم يكربها، لأن ما ذكرنا/ من [١/٢٢٦/ج] المعنى لا يوجب الفصل بينهما، ولا شيء للعامل في عمل الكراب على ما نذكره في حكم المزارعة المنفسخة إن شاء الله تعالى. ومنها ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها، وهذا على وجهين: إما إن شرطا الكراب في العقد، وإما أن سكتا عن شرطه، فإن شرطاه يجبر عليه لأنه شرط صحيح فيجب الوفاء به، وإن سكتا عنه ينظر إن كانت الأرض مما يخرج الزرع بدون الكراب زرعاً معتاداً يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه، وإن كانت مما لا يخرج أصلاً، أو يخرج ولكن شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب، لأن مطلق عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة.

وعلى هذا إذا امتنع المزارع عن السقي وقال: أدعها حتى تسقيها السماء فهو على قياس هذا التفصيل

---

(١) تقدم تخريجه.

أنه إن كان الزرع مما يكتفي بماء السماء ويخرج زرعاً معتاداً بدونه لا يجبر على السقي، وإن كان مع السقي أجود فإن كان مما لا يكتفى به يجبر على السقي لما قلنا.

ومنها جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والحط عنه وعدم الجواز، والأصل فيه أن كل ما احتمل إنشاء العقد عليه احتمل الزيادة وما لا فلا، والحط جائز في الحالين جميعاً كما في الزيادة في الثمن في باب البيع.

إذا عرف هذا فنقول: الزيادة والحط في المزارعة على وجهين: إما أن يكون من المزارع وإما أن يكون من صاحب الأرض، ولا يخلو إما أن يكون البذر من قبل المزارع وإما أن يكون من صاحب الأرض بعدما استحصد الزرع أو قبل أن يستحصد، فإن كان من بعدما استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلاً فزاد المزارع صاحب الأرض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضي به صاحب الأرض لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان، وإن زاد صاحب الأرض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جائزة لأن الأول زيادة على الأجرة بعد انتهاء عمل المزارعة باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وأنه لا يجوز. ألا ترى أنهما لو أنشآ العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذلك الزيادة، والثاني حط من الأجرة وأنه لا يستدعي قيام المعقود عليه كما في باب البيع.

هذا إذا كان البذر من قبل العامل، فإن كان من قبل صاحب الأرض فزاد صاحب الأرض لا يجوز، وإن زاد المزارع جاز لما قلنا.

هذا إذا زاد أحدهما بعدما استحصد الزرع، فإن زاد قبل أن يستحصد جاز أيهما كان، لأن الوقت يحتمل إنشاء العقد فيحتمل الزيادة أيضاً، بخلاف الفصل الأول.

فصل: وأما حكم المزارعة الفاسدة فأنواع: منها أنه لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة لأن وجوبه بالعقد ولم يصح. ومنها أن الخارج يكون كله لصاحب البذر، سواء كان رب الأرض أو المزارع، لأن استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نماء ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغناء بالملك عن الشرط، واستحقاق الأجر الخارج بالشرط وهو العقد، فإذا لم يصح الشرط استحقه صاحب الملك ولا يلزمه التصدق بشيء لأنه نماء ملكه.

ومنها: أن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض كان للعامل عليه أجر المثل لأن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض كان هو مستأجراً للعامل فإذا فسدت الإجارة وجب أجر مثل عمله. وإذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الأرض أجر مثل أرضه، لأن البذر إذا كان من قبل العامل يكون هو مستأجراً للأرض فإذا فسدت الأجارة يجب عليه أجر مثل أرضه. ومنها أن البذر إذا كان من قبل صاحب الأرض واستحق الخارج وغرم للعامل أجر مثل عمله فالخارج كله له طيب لأنه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الأرض، وإذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الأرض أجر مثل أرضه فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره/ وقدر أجر مثل الأرض ويطيب ذلك له لأنه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك [ب/٢٢٦/ج] لأنه وإن تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصدق.

ومنها: أن أجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الأرض لأن المزارعة عقد إجارة، والأجرة في الإجارة الفاسدة لا تجب إلا بحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة، إذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعاً ولم يوجد بخلاف الإجارة الصحيح على ما عرف في الإجارات.

ومنها: أن أجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة، وإن لم تخرج الأرض شيئاً بعد أن استعملها المزارع، وفي المزارعة الصحيحة إذ لم تخرج شيئاً لا يجب شيء لواحد منهما وقد مر الفرق فيما تقدم.

ومنها: أن أجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدراً بالمسمى عند أبي يوسف، وعند محمد يجب تاماً، وهذا إذا كانت الأجرة، وهو حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فإن لم يكن يجب أجر المثل تاماً بالإجماع. وجه قول محمد رحمه الله: أن الأصل في الأجارة وجوب أجر المثل لأنها عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض، ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين، وذلك في وجوب أجر المثل لأنه المثل الممكن في الباب إذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة إلا أن فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد فلا بد من تسمية البدل تصحيحاً للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضاً، فإذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرائطه وجب المصير إلى البدل الأصلي للمنافع وهو أجر المثل، ولهذا إذا لم يسم البدل أصلاً في العقد وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ.

وجه قول أبي يوسف: أن الأصل ما قاله محمد وهو وجوب أجر المثل بدلاً عن المنافع قيمة لها لأنه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدراً بالمسمى لأنه كما يجب اعتبار المماثلة في البدل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار التسمية بالقدر الممكن لأن اعتبار تصرف العاقل واجب ما أمكن وأمكن ذلك بتقدير أجر المثل بالمسمى، لأن المستأجر ما رضيب الزيادة على المسمى والآجر ما رضي بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير أجر المثل به عملاً بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان أولى، بخلاف ما إذا لم يكن البدل مسمى في العقد لأن البدل إذا لم يكن مسمى أصلاً لا حاجة إلى اعتبار التسمية فوجب اعتبار أجر المثل فهو الفرق.

فصل: وأما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فأنواع بعض ا يرجع إلى صاحب الأرض وبعضها يرجع إلى المزارع.

أما الأول: الذي يرجع إلى صاحب الأرض فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له إلا من ثمن هذه الأرض تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا العذر إذا أمكن الفسخ بأن كان قبل الزراعة أو بعدها إذا أدرك الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلحقه فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضي الأرض بدينه أولاً ثم يفسخ المزارعة ولا تنفسخ بنفس العذر، وإن لم يمكن الفسخ بأن كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ إلى أن يدرك الزرع، لأن في البيع إبطال حق العامل وفي الانتظار إلى وقت الإدراك تأخير حق صاحب الدين وفيه رعاية الجانبين فكان أولى ويطلق من الحبس إن كان محبوساً إلى غاية الإدراك، لأن الحبس جزاء الظلم وهو المطل وأنه غير مماطل قبل الإدراك لكونه ممنوعاً عن بيع

الأرض شرعاً، والممنوع معذور فإذا أدرك الزرع يرد إلى الحبس ثانياً ليبيع أرضه ويؤدي دينه بنفسه وإلا فيبيع القاضي عليه.

وأما الثاني: الذي يرجع إلى المزارع فنحو المرض لأنه معجز عن العمل. والسفر لأنه يحتاج إليه وترك حرفة إلى حرفة لأن من الحرف ما لا يغني من جوع فيحتاج إلى الانتقال إلى غيره ومانع يمنعه من العمل على ما عرف في كتاب الإجارة/ . [أ/ ٢٢٧/ ج]

فصل: وأما الذي ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فأنواع: منها الفسخ وهو نوعان: صريح ودلالة. فالصريح أن يكون بلفظ الفسخ والإقالة لأن المزارعة مشتملة على الإجارة والشركة، وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والإقالة. وأما الدلالة فنوعان: الأول امتناع صاحب البذر عن المضي في العقد بأن قال: لا أريد مزارعة الأرض ينفسخ العقد لما ذكرنا أن العقد غير لازم في حقه فكان بسبيل من الامتناع عن المضي فيه من غير عذر ويكون ذلك فسخاً منه دلالة، والثاني حجر المولى على العبد المأذون بعدما دفع الأرض والبذر مزارعة وبيان ذلك أن العبد المأذون إذا دفع الأرض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل المزارعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن المزارعة لأن العقد لم يقع لازماً من جهة العبد لأنه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر.

ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن المزارعة لأن العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه من الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر أيضاً هذا إذا دفع الأرض مزارعة. فأما إذا أخذها مزارعة فإن كان البذر من قبله انفسخ العقد لأنه إذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وأنه يوجب انفساخ العقد لفوات المعقود عليه.

وإن كان البذر والأرض من قبل صاحب البذر لا ينفسخ العقد بالحجر لأنه بالحجر لم يعجز عن العمل، إلا أن للمولى منعه عن العمل لما فيه من إتلاف ملكه وهو البذر فله أن يفسخ ما لا ينفسخ بالحجر. هذا إذا حجر على العبد المأذون، فأما إذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة أو فسخ العقد بعد الزراعة أو نهي قبل ذلك إلا أنه لم يحجر عليه فالنهي باطل، وكذلك نهي الأب الصبـي المأذون قبل عقد المزارعة أو بعده لا يصح، لأن النهي عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الإذن بالتجارة، والإذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص.

ومنها: انقضاء مدة المزارعة لأنها إذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ. ومنها موت صاحب الأرض سواء مات قبل الزراعة أو بعدها. وسواء أدرك الزرع أو هو بقل لأن العقد أفاد الحكم له دون وارثه لأنه عاقد لنفسه.

والأصل: أن من عقد لنفسه بطريق الأصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره إلا لضرورة. ومنها موت المزارع، سواء مات قبل الزراعة أو بعدها بلغ الزرع حد الحصاد أو لم يبلغ لما ذكرنا.

فصل: وأما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول وبالله التوفيق: لا يخلو من وجهين إما إن انفسخت قبل الزراعة أو بعدها، فإن انفسخت قبل الزراعة لا شيء للعامل، وإن كرب الأرض وحفر الأنهار وسوى

المسنيات بأي طريق انفسخ. سواء انفسخ بصريح الفسخ أو بدليله أو بانقضاء المدة أو بموت أحد المتعاقدين لأن الفسخ يظهر أثره في المستقبل بانتهاء حكمه لا في الماضي فلا يتبين أن العقد لم يكن صحيحاً والواجب في العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد فلا شيء.

وقيل: هذا جواب الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى عليه أن يرضي العامل فيما إذا امتنع عن المضي في العقد قبل الزراعة، ولا يحل له الامتناع شرعاً فإنه يشبه التعزير وإنه حرام، وإن انفسخت بعد الزراعة فإن كان الزرع قد أدرك وبلغ فالحصاد والخارج بينهما على الشرط، وإن كان لم يدرك فكذا الجواب في صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة، لأن الزرع بينهما على الشرط والعمل فيما بقي إلى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض.

[ب/٢٢٧/ج] أما الزرع بينهما على الشرط فلما مر أن انفساخ العقد يظهر أثره في المستقبل لا في/ الماضي فبقي الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ.

وأما العمل فيما بقي إلى وقت الحصاد عليهما لأنه عمل في مال مشترك لم يشترط العمل فيه على أحدهما فيكون عليهما وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض لأن العقد قد انفسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي الترك بغير أجر ضرر بصاحب الأرض فكان الترك بأجر المثل نظراً من الجانبين بخلاف ما إذا مات صاحب الأرض والزرع بقل أن العمل يكون على المزارع خاصة لأن هناك انفسخ العقد حقيقة لوجود سبب الفسخ وهو الموت، إلا أنا بقيناه تقديراً دفعاً للضرر عن المزارع، لأنه لو انفسخ لثبت لصاحب الأرض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذراً في بقاء العقد تقديراً، فإذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت، وهذا لا يتضح، فإن اتفق أحدهما من غير إذن صاحبه ومن غير أمر القاضي فهو متطوع، ولو أراد صاحب الأرض أن يأخذ الزرع بقلاً لم يكن له ذلك لأن فيه ضرراً بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلاً فصاحب الأرض بين خيارات ثلاث: إن شاء قلع الزرع فيكون بينهما، وإن شاء أعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع، وإن شاء أنفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لأن فيه رعاية الجانبين. وأما في موت أحد المتعاقدين أما إذا مات رب الأرض بعد ما دفع الأرض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقلاً تترك الأرض في يدي المزارع إلى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لأن في الترك إلى وقت الحصاد نظراً من الجانبين، وفي القلع إضراراً بأحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقاء العقد تقديراً في هذه السنة في هذا الزرع، وإن مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته: نحن نعمل على شرط المزارعة وأبى ذلك صاحب الأرض فالأمر إلى ورثة المزارع لأن في القلع ضرراً بالورثة ولا ضرر بصاحب الأرض في الترك إلى وقت الإدراك، وإذا ترك لا أجر للورثة فيما يعملون لأنهم يعملون على حكم عقد أبيهم تقديراً فكأنه يعمل أبوهم. وإن أراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لأن العقد ينفسخ حقيقة إلا أنا بقيناه باختيارهم نظراً لهم، فإن امتنعوا عن العمل بقي الزرع مشتركاً، فإما أن يقسم بينهم بالحصص أو يعطيهم صاحب الأرض قدر حصتهم من الزرع البقل أو ينفق من مال نفسه إلى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لأن فيه رعاية الجانبين، والله تعالى أعلم.

كتاب المعاملة

وقد يسمى كتاب المساقاة، والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في المزارعة. أما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل، وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز.

وأما شرعيتها: فقد اختلف العلماء فيها، قال أبو حنيفة عليه الرحمة: إنها غير مشروعة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله: مشروعة، واحتجوا بحديث خيبر: «**أنه عليه الصلاة والسلام دَفَع نخيلهم مُعاملةً**»[1].

ولأبـي حنيفة رحمه الله: أن هذا استئجار ببعض الخارج وأنه منهي عنه على ما ذكرنا في كتاب المزارعة، وقد مر الجواب عن الاستدلال بحديث خيبر فلا نعيده.

وأما ركنها: فهو الإيجاب والقبول على نحو ما ذكرنا فيما تقدم من غير تفاوت. وأما الشرائط المصححة لها على قول من يجيزها فما ذكرنا في كتاب المزارعة. منها: أن يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل، فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على نحو ما مر في كتاب المزارعة.

ومنها: أن لا يكونا مرتدين في قول أبـي حنيفة على قياس قول من أجاز المعاملة، حتى لو كان أحدهما مرتداً وقفت المعاملة، ثم إن كان المرتد هو الدافع فإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط، وإن قتل أو مات أو لحق فالخارج كله للدافع لأنه نماء ملكه وللآخر أجر المثل/ إذا عمل، وعندهما الخارج بين [أ/٢٢٨/ج] العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما إذا كانا مسلمين، وإن كان المرتد هو العامل فإن أسلم فالخارج بينهما على الشرط، وإن قتل أو مات على الردة أو لحق فالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالإجماع لما مر في المزارعة.

هذا إذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد، فأما إذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط لما مر في كتاب المزارعة، ويجوز معاملة المرتدة دفعاً واحداً بالإجماع.

ومنها: أن يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة فيما يزيد ثمره بالعمل، فإن كان المدفوع

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» في الحرث والمزارعة، باب: إذا لم يشترط السنين في المزارعة برقم (٢٣٢٩).
ومسلم في «صحيحه» في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.
وأبو داود في «سننه» في البيوع، في المساقاة برقم (٣٤٠٨).
وابن ماجه في «سننه» في الرهن، باب: معاملة النخيل والكرم برقم (٢٤٦٧).

نخلاً فيه طلع أو بسر قد احمر أو اخضر إلا أنه لم يتناه عظمه جازت المعاملة، وإن كان قد تناهى عظمه إلا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة لأنه إذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل.

ومنها: أن يكون الخارج لهما فلو شرطا أن يكون لأحدهما فسدت لما علم، ومنها أن تكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج مشاعاً معلوم القدر لما علم. ومنها أن يكون محل العمل وهو الشجر معلوماً، وبيان هذه الجملة في كتاب المزارعة.

ومنها: التسليم إلى العامل وهو التخلية حتى لو شرطا العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية، فأما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحساناً ويقع على أول ثمرة تخرج في أول السنة بخلاف المزارعة، والقياس أن يكون شرطاً لأن ترك البيان يؤدي إلى الجهالة كما في المزارعة، إلا أنه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة، حتى إنه لو وجد التعامل به في موضع يجوز من غير بيان المدة، وبه كان يفتي محمد بن سلمة على ما مر في المزارعة. ولو دفع أرضاً ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضاً فيها أصول رطبة نابتة ولم يسم المدة، فإن كان شيئاً ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة، وإن كان وقت جذه معلوماً يجوز ويقع على الجذة الأولى كما في الشجرة المثمرة.

فصل: وأما الشرائط المفسدة للمعاملة فأنواع دخل بعضها في الشرائط المصححة للعقد، لأن ما كان وجوده شرطاً للصحة كان انعدامه شرطاً للإفساد. منها شرط كون الخارج كله لأحدهما.

ومنها: شرط أن يكون لأحدهما قفزان مسماة. ومنها:شرط العمل على صاحب الأرض.

ومنها: شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة. ومنها شرط الجذاذ والقطاف على العامل بلا خلاف لأنه ليس من المعاملة في شيء ولانعدام التعامل به أيضاً فكان من باب مؤنة الملك، والملك مشترك بينهما فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما.

ومنها: شرط عمل تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المعاملة نحو السرقية ونصب العرايش وغرس الأشجار وتقليب الأرض وما أشبه ذلك لأنه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومقاصده.

ومنها: شركة العامل فيما يعمل فيه، لأن العامل أجير رب الأرض واستئجار الإنسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجر لا يجوز، حتى إن النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما إلى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث: ثلثاه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا أجر للعامل على شريكه لما مر أن في المعاملة معنى الإجارة، ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الأجير شريك المستأجر، وإذا عمل لا يستحق الأجر على شريكه لما عرف في الإجارات، ولا يشبه هذا المزارعة لأن الأرض إذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج أنه تجوز المزارعة، لأن هناك لم يتحقق الاستئجار للعمل في شيء الأجير فيه شريك المستأجر لانعدام الشركة في البذر وهنا تحقق لثبوت الشركة في/ النخل فهو الفرق ولا [ب/٢٢٨/ج] يتصدق واحد منهما بشيء من الخارج لأنه خالص ماله لكونه نماء ملكه.

ولو شرطا أن يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة، لأن استحقاق كل واحد منهما ـ أعني من الشريكين ـ لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستئجار. ولو أمر الشريك الساكت الشريك العامل أن يشتري ما يلقح به النخل فاشتراه رجع عليه بنصف ثمنه لأنه اشترى مالاً متقوماً على الشركة بأمره فيرجع عليه، وسواء كان العامل في عقد المعاملة واحداً أو أكثر، حتى لو دفع رجل نخله إلى رجلين معاملة بالنصف أو بالثلث جاز، وسواء سوى بينهما في الاستحقاق أو جعل لأحدهما فضلاً، لأن كل واحد منهما أجير صاحب الأرض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيتقدر بقدر الشرط. ولو شرط لأحد العاملين مائة درهم على رب الأرض والآخر ثلث الخارج ولرب الأرض الثلثان جاز لأن الواجب لكل واحد منهما أجرة مشروطة فيجب على حسب ما يقتضيه الشرط.
ولو شرطا لصاحب النخل الثلث ولأحد العاملين الثلثين وللآخر أجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه هذا المزارعة أن من دفع الأرض مزارعة على أن لرب الأرض الثلث وللزارع الثلثان على أن يعمل فلان معه بثلث الخارج أن المزارعة جائزة بين رب الأرض والمزارع فاسدة في حق الثالث، لأن المعاملة استئجار العامل والأجرة تجب على المستأجر دون الأجير بمقابلة العمل والعمل للمستأجر فكانت الأجرة عليه، فإذا اشترطها على الأجير فقد استأجره ليعمل له على أن تكون الأجرة على غيره ولا سبيل إليه ففسد العقد، وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب المزارعة لا أنه صح فيما بين صاحب الأرض والمزارع لأنه جعل بمنزلة عقدين ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر، وهذا مع هذا التكلف غير واضح، ويتضح إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما حكم المعاملة الصحيحة عند مجيزها فأنواع: منها أن كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج إليه الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان من السقي وإصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل لأنها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد، وكل ما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السرقين وتقليب الأرض التي فيها الكرم والشجر والرطاب ونصب العرايش ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيهما لأن العقد لم يتناوله لا مقصوداً ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف. لأن ذلك يكون بعد انتهاء العمل، فلا يكون من حكم عقد المعاملة.

ومنها: أن يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر.

ومنها أنه إذا لم يخرج الشجر شيئاً فلا شيء لواحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة لما مر من الفرق في كتاب المزارعة. ومنها أن هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الامتناع والفسخ من غير رضا صاحبه إلا من عذر بخلاف المزارعة فإنها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقد مر الفرق.

ومنها: ولاية جبر العامل على العمل إلا من عذر على ما قدمناه.

ومنها: جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز.

والأصل فيه ما مر في كتاب المزارعة: أن كل موضع احتمل إنشاء العقد احتمل الزيادة وإلا فلا، والحط جائز في الموضعين أصله بالزيادة في الثمن والمثمن فإذا دفع نخلاً بالنصف معاملة فخرج الثمر فإن

لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان لأن الإنشاء للعقد في هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة. ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لزب الأرض شيئاً، ولا تجوز الزيادة من رب الأرض للعامل شيئاً لأن هذه زيادة في الأجرة لأن العامل أجير والمحل لا يحتمل الزيادة. ألا ترى أنه لا يحتمل الإنشاء والأول حط من الأجرة، واحتمال الإنشاء ليس بشرط لصحة الحط.

ومنها: أن العامل لا يملك أن يدفع إلى غيره معاملة إلا إذا قال له رب الأرض: اعمل فيه برأيك، لأن الدفع إلى غيره إثبات الشركة في مال غيره بغير إذنه فلا يصح.

وإذا قال له: اعمل فيه برأيك فقد أذن له فصح، ولو لم يقل له: اعمل برأيك فيه فدفع العامل إلى رجل آخر معاملة فعمل فيه فأخرج فهو لصاحب النخل ولا أجر للعامل الأول، ولأن استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضاً، لأن عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافاً إليه وله على العامل الأول أجر مثل عمله يوم عمل، لأنه عمل له بأمره فاستحق أجر المثل، ولو هلك الثمر في يد العامل الأخير من غير عمله وهو في رؤوس النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تفويت يد المالك. ولو هلك من عمله في أمر خالف فيه أمر العامل الأول فالضمان لصاحب النخل على العامل الآخر دون الأول لأن الخلاف قطع نسبة عمله إليه فبقي متلفاً على المالك ماله فكان الضمان عليه، ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه أمر العامل الأول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء لأنه إذا لم يوجد منه بخلاف بقي عمله مضافاً إليه كأنه عمل لنفسه فكان له أن يضمنه وله أن يضمن الثاني لأنه في معنى غاصب الغاصب، فإن اختار تضمين الأول لم يرجع على الآخر بشيء لأنه عمل بأمر الأول، فلو رجع عليه لرجع هو عليه أيضاً فلا يفيد، وإن اختار تضمين الآخر يرجع على الأول لأنه غره في هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة.

هذا إذا لم يقل له: اعمل فيه برأيك، فأما إذا قال: وشرط النصف فدفعه إلى رجل آخر بثلث الخارج فهو جائز لما ذكرنا، وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الأول، لأن شرط الثلث يرجع إلى نصيبه خاصة، لأن العمل واجب عليه فبقي له السدس ضرورة.

وذكر محمد رحمه الله في «**الأصل**» أنه إذا لم يقل له: اعمل فيه برأيك وشرط له شيئاً معلوماً وشرط الأول للثاني مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الأول.

فصل: وأما حكم المعاملة الفاسدة فأنواع ذكرناها في المزارعة، منها أنه لا يجبر العامل على العمل، لأن الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح، ومنها أن الخارج كله لصاحب الأرض، لأن استحقاق الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشيء منه لأنه حصل عن خالص ملكه.

ومنها: أن أجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا في المزارعة.

ومنها: أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج بل يجب وإن لم يخرج الشجر شيئاً، بخلاف المعاملة الصحيحة، وقد ذكرنا الفرق في كتاب المزارعة.

ومنها: أن أجر المثل فيها يجب مقدراً بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبـي يوسف، وعند محمد يجب تاماً، وهذا الاختلاف فيما إذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد، فإن لم تكن مسماة في العقد يجب أجر المثل تاماً بلا خلاف وقد مرت المسألة في كتاب المزارعة.

فصل: وأما المعاني التي هي عذر في فسخها فما ذكرنا في كتاب المزارعة، ومن الأعذار التي في جانب العامل أن يكون سارقاً معروفاً بالسرقة فيخاف الثمر والسعف.

فصل: وأما الذي ينفسخ به عقد المعاملة فأنواع:

منها: صريح الفسخ ومنها الإقالة، ومنها: انقضاء المدة، ومنها: موت المتعاقدين، وقد مر في كتاب المزارعة.

فصل: وأما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى أعلم.

كتاب الشرب

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في بيان معنى الشرب لغة وشرعاً، وفي بيان أنواع المياه، وفي بيان حكم كل نوع منها.

أما الأول فالشرب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء، قال الله عز شأنه: **﴿قالَ هٰذِهِ ناقةٌ لها شِرْبٌ ولكم شِرْبُ يومٍ معلُومٍ﴾**[1] وفي الآية الكريمة دلالة على جواز قسمة الشرب بالأيام، لأن الله سبحانه وتعالى عز اسمه أخبر عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام قبل ذلك ولم يعقبه بالفسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة، وبها استدل محمد رحمه الله في كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالأيام، وفي عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقي.

وأما بيان أنواع المياه فنقول: المياه أربعة أنواع: **الأول**: الماء الذي يكون في الأواني والظروف، **والثاني**: الماء الذي يكون في الآبار والحياض والعيون **والثالث**: ماء الأنهار الصغار التي تكون لأقوام مخصوصين، والرابع ماء الأنهار العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ونحوها. أما بيان حكم كل نوع منها على القسمة:

أما الأول: فهو مملوك لصاحبه لا حق لأحد فيه، لأن الماء وإن كان مباحاً في الأصل لكن المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكاً لغيره، كما إذا استولى على الحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الأشياء، وكذا السقاؤون يبيعون المياه المحروزة في الظروف، به جرت العادة في الأمصار وفي سائر الأعصار من غير نكير فلم يحل لأحد أن يأخذ منه فيشرب من غير إذنه، ولو خاف الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه؛ فإن لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلاً، لأن هذا دفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره لا بقصد إهلاكه وهذا لا يجوز، وإن كان عنده فضل ماء عن حاجته فللممنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح، كما إذا أصابته مخمصة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه وهو لا يجد غيره.

وأما الثاني: الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح في نفسه سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة لكن له حق خاص فيه لأن الماء في الأصل خلق مباحاً لقول النبي عليه الصلاة والسلام: **«النَّاسُ شركاء في ثلاث: الماءُ والكلأُ والنَّار»**[2] والشركة العامة تقتضي الإباحة، إلا أنه إذا

---

(١) سورة الشعراء، الآية: (١٥٥).

(٢) الناس شركاء في ثلاث أخرجه أبو داود رقم (٣٤٧٧) في الإجارة، باب في منع الماء وإسناده صحيح وأحمد في «المسند» (٥/ ٣٦٤) وابن ماجه (٢/ ٨٢٦) كتاب الرهون باب المسلمون شركاء في ثلاث رقم (٢٤٧٢).

جعل في إناء وأحرزه به فقد استولى عليه وهو غير مملوك لأحد فيصير مملوكاً للمستولي كما في سائر المباحات الغير المملوكة، وإذا لم يوجد ذلك بقي على أصل الإباحة الثابتة بالشرع فلا يجوز بيعه لأن محل البيع هو المال المملوك، وليس له أن يمنع الناس من الشفة، وهو الشرب بأنفسهم وسقي دوابهم منه لأنه مباح لهم، وقد روي «أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ نَهى عَنْ مَنْعِ نَبعِ البئرِ»[(١)] وهو فضل مائها الذي يخرج منها، فلهم أن يسقوا منها لشفاههم ودوابهم فأما لزروعهم وأشجارهم فله أن يمنع ذلك لما في الإطلاق من إبطال حقه أصلاً، إلا إذا كان ذلك في أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم عن الدخول في أرضه إذا لم يضطروا إليه بأن وجدوا غيره، لأن الدخول إضرار به من غير ضرورة فله أن يدفع الضرر عن نفسه، وإن لم يجدوا غيره واضطروا وخافوا الهلاك يقال له: إما أن تأذن بالدخول وإما أن تعطي بنفسك، فإن لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم أن يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم، والأصل فيه ما روي أن قوماً وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا وسألوهم أن يعطوهم دلواً فأبوا، فقالوا لهم: إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا، فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضي الله عنه فقال: هلا وضعتم فيهم السلاح؟ بخلاف الماء المحرز في الأواني والطعام حالة المخمصة، لأن الماء هناك مملوك لصاحبه وكذا الطعام فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا ملك هناك بل هو على الإباحة الأصلية على ما بينا، فإذا منعه أحد ماله حق أخذه قاتله بالسلاح كما إذا منعه ماله المملوك.

وأما الثالث: الماء الذي يكون في الأنهار التي تكون لأقوام مخصوصين فيتعلق به أحكام بعضها يرجع إلى نفس الماء وبعضها يرجع إلى الشرب وبعضها يرجع إلى النهر. أما الذي يرجع إلى نفس الماء فهو أنه غير مملوك لأحد لما ذكرنا أن الماء خلق مباح الأصل بالنص وإنما يأخذ حكم الملك بالإحراز بالأواني فلا يجوز بيعه لعدم الملك.

ولو قال: اسقني يوماً من نهرك على أن أسقيك يوماً من نهر كذا لا يجوز لأن هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعاً أو إجارة الشرب بالشرب، وكل ذلك لا يجوز ولا تجوز إجارته، لأن الإجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين بمنافعها ليست بمملوكة.

ولو استأجر حوضاً أو بئراً ليسقي منه ماء لا يجوز لأن هذا استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه السمك، لأن هذا استئجار السمك. وكذا لو استأجر أجمة ليحتطب لأن هذا استئجار الحطب والأعيان لا تحتمل الإجارة وليس لصاحب النهر أن يمنع من الشفة، وهو شرب الناس والدواب، وله أن يمنع من سقي الزرع والأشجار لأن له فيه حقاً خاصاً وفي إطلاق السقي إبطال حقه، لأن كل أحد يتبادر إليه فيسقي منه زرعه وأشجاره فيبطل حقه أصلاً. ولو أذن بالسقي والنهر خاص له جاز لأنه أبطل حق نفسه. وأما الذي يرجع إلى الشرب فهو أنه لا يجوز بيعه منفرداً بأن باع شرب يوم أو أكثر لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي، والحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع والشراء. ولو اشترى به داراً وعبداً وقبضهما لزمه رد الدار والعبد لأنه مقبوض بحكم عقد فاسد فكان واجب الرد كما في سائر البياعات الفاسدة ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب.

(١) «لا يمنع نبع البئر» أخرجه مالك في الأقضية باب القضاء في المياه (٢/ ٧٤٥).
وأحمد (٦/ ٢٥٢ و ١١٢٦).

ولو باع الأرض مع الشرب جاز تبعاً للأرض، ويجوز أن يحمل الشيء تبعاً لغيره وإن كان لا يجعله مقصوداً بنفسه كأطراف الحيوان، ولا يدخل الشرب في بيع الأرض إلا بالتسمية صريحاً أو بذكر ما يدل عليه بأن يقول: بعتها بحقوقها أو بمرافقها أو كل قليل وكثير هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها، فإن لم يذكر شيئاً من ذلك لا يدخل لأن اسم الأرض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا تجوز إجارته مفرداً لأن الحقوق لا تحتمل الإجارة على الانفراد كما لا تحتمل البيع، وكذا لو جعله أجرة في إجارة الدار والعبد ونحو ذلك لا يجوز. لأن الأجرة في باب الإجارة كالثمن في باب البيع، وأنه لا يصلح ثمناً في البياعات فلا يصلح أجرة في الإجارات، ولو انتفع بالدار والعبد لزمه أجر مثله لأنه استوفى منفعة المعقود عليه عقداً فاسداً فيلزمه أجرة المثل كما في سائر الإجارات الفاسدة.

ولو استأجر الأرض مع الشرب جاز تبعاً للأرض كما في البيع على ما ذكرنا ولو استأجر أرضاً ولم يذكر الشرب والمسيل أصلاً فالقياس أن لا يكون الشرب والمسيل في البيع، وفي الاستحسان كانا له ويدخلان تحت إجارة الأرض من غير تسمية نصاً لوجودها دلالةً، لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب فيصير الشرب مذكوراً بذكر الأرض دلالة بخلاف البيع لأن البيع تمليك العين والعين تحتمل الملك بدونه، ولا تجوز هبته والتصدق به لأن كل واحد منهما تمليك والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك، ولا يجوز الصلح عليه بأن صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى المال أو الحق من القصاص في النفس وما دونه، لأن الصلح في معنى البيع إلا أنه يسقط القصاص ويكون الصلح كأنه على العفو لما ذكرنا في كتاب الصلح، ولأن صورة الصلح أورثت شبهة والقصاص لا يستوفى مع الشبهات، وتجب على القاتل والجارح الدية وأرش الجناية، ولا تصح تسميته في باب النكاح بأن تزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لأن النكاح تصرف تمليك وأنه لا يحتمل التمليك، وإذا لم تصح التسمية يجب العوض الأصلي وهو مهر المثل ولا تصح تسميته في الخلع بأن اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من المهر لأن تسميته في معرض التمليك إن لم يصح فهو مال لكونه مرغوباً فيه، فمن حيث أنه لم يحتمل التمليك لم يصلح بدل الخلع، ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذلك أصلاً فيظهر في وجوب رد المأخوذ. وهذا أصلي في باب الخلع محفوظ أنه شيء تعذر تسليم البدل المذكور وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ومورثه، لأن الإرث لا يقف على الملك لا محالة، بل يثبت في حق المال كما يثبت في الملك كخيار العيب ونحو ذلك. ويوصي به حتى لو أوصى لرجل أن يسقي أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية وتعتبر من الثلث، لأن الوصية وإن كان تمليكاً لكنها تمليك بعد الموت. ألا ترى أن الموصي له لا يملك الموصى به في الحال وإنما يملك بعد الموت فأشبه الميراث، فإذا احتمل الإرث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث، وإذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثاً لورثة الموصى له، لأن الشرب ليس بعين مال، بل هو حق مالي وشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثاً فكذلك الوصية بالشرب، ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح، لأنه لما لم يحتمل التمليك بالتصدق استوى فيه الحال والإضافة إلى ما بعد الموت بالوصية ويسقى كل واحد من الشركاء على قدر شربه.

ولو اختلفا في قدر الشرب ولا بينة لأحدهم تحكم الأراضي فيكون الشرب بينهم على قدر أراضيهم ولا يعتبر عدد الرؤوس، بخلاف الجماعة إذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم أنه لا تحكم فيه بقعة الدار بل يعتبر فيه عدد الرؤوس، وإنما كان كذلك لاختلاف المقصود، إذ المقصود من الشرب السقي والسقي يختلف باختلاف الأراضي، والمقصود من الطريق هو المرور وأنه لا يختلف باختلاف الدور.

ولو كان الأعلى منهم لا يشرب ما لم يسكر النهر عن الأسفل بأن كانت أرضه ربوة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته، لأن في سكر النهر حتى يشرب الأعلى منع الأسفل من الشرب، وهذا لا يجوز إلا إذا تراضيا على أن يسكر كل في نوبته فيجوز.

ولو أراد أحد الشركاء أن ينصب على النهر المشترك رحى أو دالية أو سانية نظر فيه فإن كان لا يضر بالشرب والنهر وكان موضع البناء أرض صاحبه وإلا فلا، لأن رقبة النهر وموضع البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء، ولا سبيل إلى التصرف في الملك المشترك والحق المشترك إلا برضا الشركاء.

وأما الذي يرجع إلى النهر فالأصل فيه: أن النهر الخاص لجماعة لا يملك أحدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين، سواء أضرّ بهم التصرف أو لا، لأن رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا تقف على الإضرار بالمالك، حتى لو أراد واحد من الشركاء أن يحفر نهراً صغيراً من النهر المشترك فيسوق الماء إلى أرض أحياها ليس لها منه شرب ليس له ذلك إلا برضاهم، لأن الحفر تصرف في محل مملوك على الشركة من غير رضاهم فيمنع عنه. وكذلك لو كان هذا النهر يأخذ الماء من النهر العظيم فأراد واحد أن يزيد فيها كوة من غير رضا الشركاء ليس له ذلك وإن كان ذلك لا يضرهم، لأن ذلك تصرفهم في النهر بإجراء زيادة ماء فيه من غير رضاهم فيمنع عنه.

ولو أراد أن ينصب عليه رحى فإن كان موضع البناء مملوكاً له والماء يدير الرحى على سيبه له ذلك، وإن كان موضع البناء مشتركاً أو تقع الحاجة إلى تعريج الماء ثم الإعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير وصول حقهم إليهم بالتعريج، كما إذا حفر نهراً في أرضه وأراد أن يعرج الماء إليه ثم يعيده إلى النهر، وكذلك لو أراد أحدهم أن ينصب دالية أو سانية فهو على هذا التفصيل، وليس لأحدهم أن يضع قنطرة على هذا النهر من غير رضاهم، لأن القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك.

ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الأعظم ولأحد الشريكين أرض في أعلى النهر وللآخر أرض في أسفله، فأراد صاحب الأعلى أن يسد شيئاً من تلك الكوى لما يدخل من الضرر في أرضه ليس له ذلك إلا برضا شريكه لأنه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضرر عن نفسه بإضرار غيره، وإن أراد أن يتهايآ حتى يسد في حجته ما شاء لم يكن له ذلك إلا برضا الشريك لما قلنا، وإن تراضيا على ذلك زماناً ثم بدا لصاحب الأسفل أن ينقض فله ذلك لأن المراضاة على ما لا يحتمل التمليك تكون مهايأة وأنها غير لازمة.

ولو كان النهر بين رجلين له كوى فأضاف رجل أجنبي إليها كوة وحفر نهراً منه إلى أرضه برضا منهما

ومضى على ذلك زمان ثم بدا لأحدهما أن ينقض فله ذلك لأن العارية لا تكون لازمة، وكذلك لو مات لورثتهما أن ينقضوا ذلك لما قلنا.

ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الأعظم ولكل رجل نهر من هذا النهر، فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الأسفل لصاحب الأعلى: إنكم تأخذون أكثر من نصيبكم لأن دفعة الماء وكثرته في أول النهر ولا يأتينا إلا وهو قليل، فأرادوا المهايأة أياماً معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء والنهر على حاله، لأن ملكهم في رقبة النهر لا في نفس الماء. ولو أراد واحد منهم أن يوسع كوة نهره لم يكن له ذلك لأنه يدخل فيها الماء زائداً على حقه فلا يملك ذلك، ولو حفر في أسفل النهر جاز ولو زاد في عرضه لا يجوز، لأن الكوى من حقوق النهر، فيملكه بملك النهر بخلاف الزيادة في العرض.

ولو كان نهر يأخذ الماء من النهر الأعظم بين قوم فخافوا أن ينبثق فأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم عن ذلك، فإن كان ضرراً عاماً يجبرون على أن يحصنوه بالحصص، وإن لم يكن فيه ضرر عام لا يجبرون عليه لأن الانتفاع متعذر عند عموم الضرر فكان الجبر على التحصيص من باب دفع الضرر عن الجماعة فجاز، وإذا لم يكن الضرر عاماً يمكن الانتفاع بالنهر فكان الجبر بالتحصيص جبراً عليه لزيادة الانتفاع بالنهر وهذا لا يجوز.

ولو كان نهر لرجل ملاصق لأرض رجل فاختلف صاحب الأرض والنهر في مسناة فالمسناة لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رحمه الله له أن يغرس فيها طينه ولكن ليس له أن يهدمها. وعند أبي يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر حريماً لنهره وله أن يغرس فيها ويلقي طينه ويجتاز فيها، وإن لم يكن ملاصقاً بل كان بين النهر والأرض حائل من حائط ونحوه كانت المسناة لصاحب النهر بالإجماع، وبعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على أن النهر هل له حريم أم لا بأن حفر رجل نهراً في أرض موات بإذن الإمام، عند أبي حنيفة لا حريم له، وعندهما له حريم.

ووجه البناء عليه: أنه لما لم يكن للنهر حريم عند أبي حنيفة كان الظاهر شاهداً لصاحب الأرض فكان القول قوله، ولما كان له حريم عندهما كان الظاهر شاهداً لصاحب النهر فيكون القول قوله، وبعضهم لم يصححوا البناء وقالوا: لا خلاف أن للنهر حريماً في أرض الموات، لأن للبئر وللعين حريماً فيها بالإجماع، وقد روي عليه الصلاة والسلام: «**أنه جعل لهما حريماً**» لحاجتهما إلى الحفر لتعذر الانتفاع بها بدون الحفر، لأن حاجة النهر إلى الحريم كحاجة البئر والعين بل أشد فكان جعل الشرع للبئر والعين حريماً جعلاً للنهر من طريق الأولى. دل أن البناء على هذا الأصل غير صحيح فكان هذا خلافاً مبتدأ.

وجه قولهما: أنه لما كان للنهر حريم بالاتفاق كان الظاهر شاهداً لصاحب النهر فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه، ولهذا كان القول قول صاحب البئر والعين عند الاختلاف، كذا هذا. ولأبي حنيفة: أن المسناة إذا كانت مستوية بالأرض فالظاهر أنها ملك صاحب الأرض، إذ لو كانت حريماً للنهر لكانت مرتفعة لكونها ملقى طينه فكان الظاهر شاهداً لصاحب الأرض إلا أنه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب النهر بها وفي الهدم إبطاله، ويجوز أن يمنع الإنسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير كحائط

لإنسان عليه جذوع لغيره فأراد هدم الحائط يمنع منه. كذا هذا.

ثم كري النهر المشترك على أصحاب النهر، وليس على أصحاب الشفة في الكري شيء لأن هذا من حقوق الملك ولا ملك لأهل الشفة في رقبة النهر، بل لهم حق شرب الماء والسقي للدواب فقط.

واختلف في كيفية الكري عليهم.

قال أبو حنيفة: عليهم أن يكروا من أعلاه وإذا جاوزوا أرض رجل دفع عنه وكان الكري على من بقي. وقال أبو يوسف ومحمد: الكري عليهم جميعاً من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأراضي حتى إن النهر لو كان بين عشرة أنفس أراضيهم عليه لأخر كري فوهة النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم على كل واحد منهم العشر فإذا جاوزوا شرب الأول سقط عنه الكري وكان على الباقين على تسعة أسهم فإذا جاوزوا شرب الثاني سقط عنه الكري وكان على الباقين على ثمانية أسهم هكذا، وهذا عند أبي حنيفة، وأما عندهما فالكري بينهم على عشرة أسهم من أعلى النهر إلى أسفله.

وجه قول أبي حنيفة: أن الكري من حقوق الملك، والملك في الأعلى مشترك بين الكل من فوهة النهر إلى شرب أولهم فكانت مؤنته على الكل، فأما بعده فلا ملك لصاحب الأعلى فيه إنما له حق، وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على صاحب الحق، ولهذا كانت مؤنة الكري على أصحاب النهر، ولا شيء على أهل الشفة لأن الملك لأصحاب النهر ولأهل الشفة حق الشرب وسقي دوابهم، وكذا كل من كان له ميل على سطح مملوك لغيره فكانت غرامته على صاحب السطح لا عليه لما قلنا.

وأما الأنهار العظام كسيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لأحد فيها ولا في رقبة النهر، وكذا ليس لأحد حق خاص فيها ولا في الشرب بل هو حق لعامة المسلمين، فلكل أحد أن ينتفع بهذه الأنهار بالشفة والسقي وشق النهر منها إلى أرضه بأن أحيا أرضاً ميتةً بإذن الإمام له أن يشق إليها نهراً من هذه الأنهار وليس للإمام ولا لأحد منعه إذا لم يضر بالنهر، وكذا له أن ينصب عليه رحى ودالية وسانية إذا لم يضر بالنهر لأن هذه الأنهار لم تدخل تحت يد أحد فلا يثبت الاختصاص بها لأحد فكان الناس فيها كلهم على السواء فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع لكن بشريطة عدم الضرر بالنهر، كالانتفاع بطريق العامة، وإن أضر بالنهر فلكل واحد من المسلمين منعه لما بينا أنه حق لعامة المسلمين، وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الأعظم.

وسئل أبو يوسف عن نهر «مرو» وهو نهر عظيم أحيا رجل أرضاً كانت مواتاً فحفر لها نهراً فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد فساق الماء إليها من ذلك النهر، فقال أبو يوسف: إن كان يدخل على أهل مرو ضرر في مائهم ليس له ذلك، وإن كان لا يضرهم فله ذلك، وليس لهم أن يمنعوه لما قلنا.

وسئل أيضاً: إذا كان لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له أن يزيد فيها فقال: إن زاد في ملكه وذلك لا يضر بأهل النهر فله ذلك، ولو كان نهر خاص لقوم يأخذ الماء من هذا النهر فأراد واحد منهم أن يزيد كوة لم يكن له ذلك، وإن كان لا يضر بالنهر.

ووجه الفرق: أن الزيادة في الفصل الأول تصرف في حق مشترك بين العامة وحرمة التصرف في حقوق العامة لا تثبت إلا بشريطة الضرر، والزيادة في الفصل الثاني تصرف في ملك مشترك بأخذ زيادة الماء في النهر، والتصرف في الملك المشترك لا تقف حرمته على الضرر بالمالك هو الفرق؛ ولو جزر ماء هذه الأنهار عن أرض فليس لمن يليها أن يضمها إلى أرض نفسه لأنه يحتمل أن يعود ماؤها إلى مكانه ولا يجد إليه سبيلاً فيحمل على جانب آخر فيضر، حتى لو أمن العود أو كان بإزائها من الجانب الآخر أرض موات لا يستضر أحد بحمل الماء عليه فله ذلك، ويملكه إذا أحياه بإذن الإمام أو بغير إذنه على الاختلاف المعروف.

ولو احتاجت هذه الأنهار إلى الكري فعلى السلطان كراها من بيت المال لأن منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها من بيت المال لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الخَرَاجُ بالضَّمانِ**»[1]، وكذا لو خيف منها الغرق فعلى السلطان إصلاح مسناتها من بيت المال لما قلنا والله سبحانه وتعالى أعلم.

(١) تقدم تخريجه.

كتاب الأراضي

الكلام في موضعين في بيان أنواع الأراضي وفي بيان حكم كل نوع منها.

أما الأول: فالأراضي في الأصل نوعان: أرض مملوكة وأرض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان: عامرة وخراب. والمباحة نوعان أيضاً:

نوع هو من مرافق البلدة محتطباً لهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهو المسمى بالموات. أما بيان حكم كل نوع منها. أما الأراضي المملوكة العامرة فليس لأحد أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها لأن عصمة الملك تمنع من ذلك، وكذلك الأرض الخراب الذي انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون، لأن الملك فيها قائم وإن طال الزمان، حتى يجوز بيعها وهبتها وإجارتها، وتصير ميراثاً إذا مات صاحبها. إلا أنها إذا كانت خراباً فلا خراج عليها، إذ ليس على الخراب خراج، إلا أذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستنماء فعليه الخراج. وهذا إذا عرف صاحبها، فإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة، يعرف في كتابه إن شاء الله تعالى.

وأما الكلأ الذي ينبت في أرض مملوكةٍ فهو مباح غير مملوك إلا إذا قطعه صاحب الأرض وأخرج فيملكه.

هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رضي الله عنهم.

وقال بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله: إنه إذا سقاه وقام عليه ملكه، والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن الأصل فيه هو الإباحة، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**النَّاس شركاء في ثلاث: الماءُ والكلأُ والنَّارُ**»[1]، والكلأ اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد، والشركة العامة هي الإباحة إلا إذا قطعه وأحرزه لأنه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه، كالماء المحرز في الأواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لأحد، والنار اسم لجوهر مضيء دائم الحركة علواً فليس لمن أوقدها أن يمنع غيره من الاصطلاء بها، لأن النبـي عليه الصلاة والسلام أثبت الشركة فيها. فأما الجمر فليس بنار وهو مملوك لصاحبه فله حق المنع كسائر أملاكه، ولو أراد أحد أن يدخل ملكه لاحتشاش الكلأ فإذا كان يحده في موضع آخر له أن يمنعه من الدخول، وإن كان لا يحده فيقال لصاحب الأرض: إما أن تأذن له بالدخول وإما أن تحش بنفسك فتدفعه إليه كالماء الذي في الآبار والعيون والحياض التي في الأراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب.

---

(١) تقدم تخريجه.

ولو دخل إنسان أرضه بغير إذنه واحتش ليس لصاحبه أن يسترده لأنه مباح سبقت يده إليه، وكذا لا يجوز بيعه لأن محل البيع مال مملوك وإن لم يثبت على ملك أحد، ولا تجوز إجارته لأن الأعيان لا تحتمل الإجارة على ما ذكرنا في كتاب الشرب.

والجواب في الكلأ في البيع والإجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لأن كل واحد منها غير مملوك، وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب. وكذلك المروج المملوكة في حكم الكلأ على هذا. وكذلك الآجام المملوكة في حكم السمك. لأن السمك أيضاً مباح الأصل. لقوله تعالى عز شأنه: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وطَعَامُه مَتَاعاً لَكُم﴾[1]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «أُحِلَّتْ لَنَا ميتتانِ ودَمَانِ»[2] الحديث. فلا يصير مملوكاً إلا بالأخذ والاستيلاء لما بينا.

ولو حظر السمك في حظيرة فإن كان مما يمكن أخذه بغير صيد يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء وإثبات اليد عليه ولهذا لو باعه جاز، وإن كان لا يمكن أخذه إلا بصيد لا يملكه صاحب الحظيرة لأنه ما استولى عليه ولا يملك المباح إلا بالاستيلاء، ولهذا لو باعه لا يجوز بيعه. وعلى هذا سائر المباحات كالطير إذا باضت أو فرخت في أرض إنسان أنه يكون مباحاً ويكون للآخذ لا لصاحب الأرض، سواء كان صاحب الأرض اتخذ له وكراً أم لا، وقال المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله: إنه إن كان اتخذ له ملكاً له يسترده من الآخذ، وهذا غير سديد لقوله عليه الصلاة والسلام: «لِمنْ أَخَذَه»[3] ولأن الملك في المباح إنما يثبت بالاستيلاء عليه والآخذ هو المستولي دون صاحب الأرض وإن اتخذ له وكراً، وكذلك صيد التجأ إلى أرض رجل أو داره فهو للآخذ لما قلنا.

ولو رد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول يملكه إن أمكنه أخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه. وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد تعقلاً لا خلاص له فهو لناصب الشبكة، سواء كانت الشبكة له أو لغيره، كمن أرسل بازي إنسان بغير إذنه فأخذ صيداً، أو أغرى كلباً لإنسان على صيد فأخذه فكان للمرسل والمغري لا لصاحبه. ولو نصب فسطاطاً فجاء صيد فتعقل به فهو للآخذ.

ووجه الفرق: أن نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشر السبب الموضوع للشيء اكتساب له، فأما نصب الفسطاط فما وضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء والأخذ حقيقة، ولو حفر حفيرة فوقع فيها صيد، فإن كان حفرها لاجتماع الماء فيها فهو للآخذ لأنه بمنزلة الاصطياد، وإن كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة.

وأما الآجام المملوكة في حكم القصب والحطب فليس لأحد أن يحتطب من أجمة رجل إلا بإذنه، لأن

(١) سورة المائدة، الآية: (٩٦).

(٢) أخرجه الشافعي في «ترتيب المسند» (٢/ ١٧٣) كتاب الصيد والذبائح برقم (٦٠٧) وأحمد (٢/ ٩٧) وابن ماجه كتاب الأطعمة باب الكبد والطحال برقم (٣٣١٤) والدارقطني (٤/ ٢٧٢) كتاب الصيد والذبائح والأطعمة.

(٣) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الخراج باب إقطاع الأرضين رقم (٣٠٧١).
والبيهقي في «السنن» (٦/ ١٤٢) كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد ولا هي حق أحد فهي له.
قال ابن حجر في «التلخيص»: قال البغوي: لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث وصححه الضياء في المختارة (٣/ ٧١).

الحطب والقصب مملوكان لصاحب الأجمة ينبتان على ملكه، وإن لم يوجد منه الإنبات أصلاً، بخلاف الكلأ في المروج المملوكة، لأن منفعة الأجمة هي القصب والحطب فكان ذلك مقصوداً من ملك الأجمة فيملك بملكها.

فأما الكلأ فغير مقصود من المرج المملوك بل المقصود هو الزراعة، ولو أن بقاراً رعى بقراً في أجمة مملوكة لإنسان فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد من القصب لما ذكرنا أن منفعة الأجمة القصب والحطب وهما مملوكان لصاحب الأجمة وإتلاف مال مملوك لصاحبه يوجب الضمان بخلاف الكلأ في المروج لأنه يثبت على الإباحة دون الملك على ما بينا، والدليل على التفرقة بينهما أنه يجوز له دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلأ معاملة، والأصل المحفوظ فيه أن القصب والحطب يملكان بملك الأرض والكلأ لا.

وأما ما لا يثبت عادة إلا بصنع العبد كالقتة والقصيل وما بقي من حصاد الزرع ونحو ذلك في أرض مملوكة يكون مملوكاً، ولصاحب الأرض أن يمنع غيره، ويجوز بيعه ونحو ذلك لأن الإنبات يعد اكتساباً له فيملكه، ولأن الأصل أن يكون من المملوك مملوكاً، إلا أن الإباحة في بعض الأشياء تثبت على مخالفة الأصل بالشرع، والشرع ورد بها في أشياء مخصوصة فيقتصر عليها.

وأما أرض الموات فالكلام فيها في مواضع:

في تفسير الأرض الموات، وفي بيان ما يملك الإمام من التصرف في الموات، وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه إذا ملك.

أما الأول: فالأرض الموات هي أرض خارج البلد لم تكن ملكاً لأحد ولا حقاً له خاصاً فلا يكون داخل البلد موات أصلاً، وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطباً بها لأهلها أو مرعى لهم لا يكون مواتاً حتى لا يملك الإمام إقطاعها، لأن ما كان من مرافق أهل البلدة فهو حق أهل البلدة كفناء دارهم، وفي الإقطاع إبطال حقهم، وكذلك أرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغني عنها المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للإمام أن يقطعها لأحد لأنها حق لعامة المسلمين وفي الإقطاع إبطال حقهم، وهذا لا يجوز. وهذا يشترط أن يكون بعيداً من العمران؟ شرطه الطحاوي رحمه الله فإنه قال: وما قرب من العامر فليس بموات.

وكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله أن أرض الموات بقعة لو وقف على أدناها من العامر رجل فنادى بأعلى صوته لم يسمعه من العامر، وفي ظاهر الرواية ليس بشرط، حتى إن بحراً من البلدة جزر ماؤه أو أجمة عظيمة لم تكن ملكاً لأحد تكون أرض موات في ظاهر الرواية، وعلى قياس رواية أبي يوسف وقول الطحاوي لا تكون، والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن الموات اسم لما لا ينتفع به، فإذا لم يكن ملكاً لأحد ولا حقاً خاصاً لم يكن منتفعاً به كان بعيداً عن البلدة أو قريباً منها.

وأما بيان ما يملك الإمام من التصرف في الموات فالإمام يملك إقطاع الموات من مصالح المسلمين لما يرجع ذلك إلى عمارة البلاد للتصرف فيما يتعلق بمصالح المسلمين للإمام، ككري الأنهار العظام وإصلاح قناطرها ونحوه.

ولو أقطع الإمام الموات إنساناً فتركه ولم يعمره لا يتعرض له إلى ثلاث سنين فإذا مضى ثلاث سنين فقد عاد مواتاً كما كان وله أن يقطعه غيره لقوله عليه الصلاة والسلام: «لَيْسَ لمحتجرٍ بَعْدَ ثلاثِ سنين حق»[١] ولأن الثلاث سنين مدة لإبلاء الأعذار، فإذا أمسكها ثلاث سنين ولم يعمرها دل على أنه لا يريد عمارتها بل تعطيلها، فبطل حقه وتعود إلى حالها مواتاً، وكان للإمام أن يعطيها غيره.

وأما بيان ما يثبت به الملك في الموات وما لا يثبت ويثبت به الحق، فالملك في الموات يثبت بالإحياء بإذن الإمام عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى يثبت بنفس الإحياء وإذن الإمام ليس بشرط.

وجه قولهما: قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ أحيا أَرْضاً ميتة فهي لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظالمٍ فيهِ حَقٌ»[٢] أثبت الملك للمحيي من غير شريطة إذن الإمام ولأنه مباح استولى عليه فيملكه بدون إذن الإمام كما لو أخذ صيداً أو حش كلأ وقوله عليه الصلاة والسلام: ليس لعرق ظالم فيه حق، روي منوناً ومضافاً، فالمنون هو أن تنبت عروق أشجار إنسان في أرض غيره بغير إذنه فلصاحب الأرض قلعها حشيشاً.

ولأبي حنيفة عليه الرحمة: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَيْسَ للمرءِ إلا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إمَامِهِ» فإذا لم يأذن فلم تطب نفسه به فلا يكون له، ولأن الموات غنيمة فلا بد للاختصاص به من إذن الإمام كسائر الغنائم. والدليل عليه أن (غنيمة) اسم لما أصيب من أهل الحرب بإيجاف الخيل والركاب، والموات كذلك لأن الأرض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشيء منها من غير إذن الإمام كسائر الغنائم، بخلاف الصيد والحطب والحشيش لأنها لم تكن في يد أهل الحرب فجاز أن تملك بنفس الاستيلاء وإثبات اليد عليها.

وأما الحديث فيحتمل أنه يصير به شرعاً، ويحتمل أنه إذن جماعة بإحياء الموات بذلك النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال.

نظير قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَتَلَ قتيلاً فَلَهُ سَلبهُ»[٣] حتى لم يصح الاحتجاج به في إيجاب السلب للقاتل على ما ذكر في كتاب السير أو يحمل ذلك على حال الإذن توفيقاً بين الدلائل. ويملك الذمي بالإحياء كما يملك المسلم لعموم الحديث. ولو حجر الأرض الموات لا يملكها بالإجماع، لأن الموات

---

(١) ليس لمحتجر بعد ثلاث حق، نسبه الزيلعي للطبراني.

(٢) «من أحيا أرضاً ميتة» أخرجه ابن حبان كتاب إحياء الموات (١١/٥٢٠٢) وأخرجه أحمد (٣/٣١٣) و (٣٢٧) و (٣٨١) والبخاري (٢٣٣٥) وأبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٨).

(٣) «من قتيل قتيلاً فله سلبه»: أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/٤٥٤ ـ ٤٥٥) في الجهاد: باب ما جاء في السلب في النفل. ومن طريقه أخرجه البخاري (٢١٠٠) في البيوع باب بيع السلاح في الفتنة وغيرها و (٣١٤٢) في فرض الخمس باب من لم يخمس الأسلاب ومسلم (١٧٥٣) في الجهاد باب استحقاق القاتل سلب المقتول. وأبو داود (٢٧١٧) في الجهاد: باب في السلب يعطى القاتل والترمذي (١٥٦٢) في السير: باب ما جاء فيمن قتل قتيلاً فله سلبه وابن حبان (٤٨٠٥) في السير: باب الغنائم وقسمتها.

يملك بالإحياء، لأنه عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها، وشيء من ذلك ليس بإحياء فلا يملكها ولكن صار أحق بها من غيره حتى لم يكن لغيره أن يزعجه لأنه سبقت يده إليه والسبق من أسباب الترجيح في الجملة، قال النبي عليه الصلاة والسلام: «مِنًى مُبَاحٌ مَنْ سَبَقَ»[1].

وعلى هذا المسافر إذا نزل بأرض مباحة أو رباط صار أحق بها ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزعجه عنها، وإذا صار أحق بها فلا يقطعها الإمام غيره إلا إذا عطلها المتحجر ثلاث سنين ولم يعمرها.

وأما بيان حكم أرض الموات إذا ملكت فيختص بها حكمان:

أحدهما: حكم الحريم.

والثاني: الوظيفة من العشر والخراج.

أما الأول: فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل الحريم والثاني: في قدره.

أما أصله فلا خلاف في أن من حفر بئراً في أرض الموات يكون لها حريم حتى لو أراد أحد أن يحفر في حريمه له أن يمنعه، لأن النبي عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حريماً، وكذلك العين لها حريم بالإجماع، لأنه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريماً، وأما النهر فقد ذكرنا الكلام فيه، وأما تقديره فحريم العين خمسمائة ذراع بالإجماع، وبه نطقت السنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**لِلْعَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ**»[2] وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً بالإجماع نطقت به السنة، قال النبي عليه الصلاة والسلام: «**وَحَرِيمُ بِئْرِ العطَنِ أَرْبَعونَ ذِرَاعاً**»[3].

وأما حريم بئر الناضح فقد اختلف فيه: عند أبي حنيفة رحمه الله أربعون ذراعاً، وعندهما ستون ذراعاً، احتجا بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**وَحَرِيمُ بِئْرِ النَاضِحِ سِتُّونَ ذِرَاعاً**»[4].

وجه قول أبي حنيفة: أن الملك في الموات يثبت بالأحياء بإذن الإمام أو بغير إذنه، ولم يوجد منه إحياء الحريم، وكذا إذن الإمام يتناول الحريم مقصوداً إلا أن دخول الحريم لحاجة البئر إليه، وحاجة الناضح

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٦٤، ٧٥) وأبو داود في «السنن» (٢/ ٤٤٧)، كتاب المناسك باب في الرمل.
والترمذي في «السنن» (٣/ ٢٤٦) كتاب الحج باب ما جاء كيف ترمى الجمار. وقال حديث حسن صحيح.
والدارمي في «السنن» (٢/ ٥٠) كتاب المناسك باب الذكر في الطواف والسعي بين الصفا والمروة.
كلهم بلفظ (مناخ) وليس (مباح).

(٢) «للعين خمسمائة ذراع»: رواه أبو داود في «المراسيل» في الحريم (٣٦٣).
والبيهقي (٦/ ١٥٥) باب ما جاء في حريم الآبار.
كلاهما موقوفاً على الزهري.

(٣) رواه الحاكم في «المستدرك» (٤/ ٩٧) والدارقطني في «السنن» (٤/ ٢٢٠).
والبيهقي في «السنن الكبرى» باب ما جاء في حريم الآبار (٦/ ١٥٥).
وأبو داود في «المراسيل» في الحريم (٣٦٣). من مرسلات سعيد بن المسيب وقد وصل عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ والمرسل أشبه. قال الدارقطني: «ومن أسنده فقد وهم».
وأخرجه أحمد (٢/ ٤٩٤).

(٤) «حريم بئر الناضح ستون ذراعاً» قال الزيلعي: غريب. وقال العلامة قطلوبغا: رواه محمد بن الحسن في «الأصل».

تندفع بأربعين ذراعاً من كل جانب كحاجة العطن فبقي الزيادة على ذلك على حكم الموات، والحديث يحتمل أنه قال عليه الصلاة والسلام ذلك في بئر خاص وللإمام ولاية ذلك.

وأما حريم النهر: فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في تقديره، فعند أبي يوسف: قدر نصف بطن النهر من كل جانب، النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك الجانب، وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه.

وأما النهر: إذا حفر في أرض الموات؛ فمنهم من ذكر الخلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه، والصحيح: أن له حريماً بلا خلاف لما قلنا.

وأما الثاني: حكم الوظيفة فإن أحياها مسلم قال أبو يوسف: إن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية، وإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية. وقال محمد: إن أحياها بماء العشر فهي عشرية، وإن أحياها بماء الخراج فهي خراجية، وإن أحياها ذمي فهي خراجية كيف ما كان بالإجماع، وهي من مسائل كتاب العشر والخراج، والله عز شأنه أعلم.

كتاب المفقـود

الكلام في المفقود يقع في أربعة مواضع: في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله. أما الأول: فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت.

فصل: وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا رحمهم الله عن حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره، والشخص الواحد لا يكون حياً وميتاً حقيقة لما فيه من الاستحالة، ولكن معنى هذه العبارة أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا يورث ماله ولا تبين امرأته كأنه حي حقيقة، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحداً كأنه ميت حقيقة، لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن، وملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصحبنا حال الحياة لإبقائه، وأما ملكه في مال غيره فأمر لم يكن فتقع الحاجة إلى الإثبات، واستصحاب الحال لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن.

وتحقيق العبارة عن حاله أن حاله غير معلوم، يحتمل أنه حي ويحتمل أنه ميت، وهذا يمنع التوارث والبينونة، لأنه إن كان حياً يرث أقاربه، ولا يرثونه، ولا تبين امرأته. وإن كان ميتاً لا يرث أقاربه ويرثونه، والإرث من الجانبين أمر لم يكن ثابتاً بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت بالشك والاحتمال، وكذلك البينونة على الأصل المعهود في الثابت بيقين لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك.

فإذا مات واحد من أقاربه يوقف نصيبه إلى أن يظهر حاله أنه حي أم ميت لاحتمال الحياة والموت للحال، حتى إن من هلك وترك ابناً مفقوداً وابنتين وابن ابن وطلبت الابنتان الميراث فإن القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف النصف الثاني إلى أن يظهر حاله، لأنه إن كان حياً كان له النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن، وإن كان ميتاً كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن، فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتاً بيقين فيدفع ذلك إليهما ويوقف النصف الآخر إلى أن يظهر حاله، فإن لم يظهر حتى مضت المدة التي يعرف فيها موته يدفع الثلثان إليهما والباقي لابن الابن، وكذا لو أوصى له بشيء يوقف وكذا إذا فقد المرتد ولا يدري أنه لحق بدار الحرب أم لا توقف تركته كالمسلم.

فصل: وأما بيان ما يصنع بماله، فالذي يصنع أنواع: منها أن القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ، لأنه مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظراً له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما.

ومنها: أنه يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه، لأن ذلك حفظ له معنى، ولا يأخذ ماله

الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه، لأن يدهما يد نيابة عنه في الحفظ، فكان محفوظاً بحفظه معنى، فلا حاجة إلى حفظ القاضي. ومنها: أنه ينفق على زوجته من ماله إن كان عالماً بالزوجية، لأن الإنفاق عليها إحياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله.

ومنها: أنه ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والفقيرات من الإناث، سواء كن زمنى أو لا، وعلى والديه المحتاجين إن كان عالماً بالنسب، لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية إحياء لهم، وإحياء نفسه واجب فكذا إحياء جزئه وكله، فكان الإنفاق عليهم من ماله إحياء لهم معنى، وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي.

وإن لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فأحضروا رجلاً في يده مال وديعة للمفقود أو مضاربة أو عليه دين له فأقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب أنفق عليهم من ذلك المال لأن للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها إذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال النبي ﷺ لامرأة أبي سفيان: «خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[1] فإذا أقر أن هذا ماله وهذه امرأته ثبت لها حق الأخذ، وكذا في الأولاد يأخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة، فإذا أقر بالنسب والمال فقد ثبت لهم حق الأخذ.

وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم. وعند زفر رحمه الله ليس للقاضي ذلك لكونه قضاءً على الغائب.

ونحن نقول: ليس هذا من باب القضاء على الغائب، بل هو من باب النظر للغائب، وللقاضي ولاية النظر للغائب لما علم على ما ذكرنا في كتاب النفقات.

ولو أخذ القاضي منهم كفيلاً كان حسناً لجواز أن يحضر المفقود فيقيم البينة على أنه كان طلق امرأته أو كان أعطاهم النفقة معجلة. هذا إذا أقر الرجل بهما فأما إذا أنكرهما جميعاً، أو أقر بأحدهما دون الآخر فأقاموا البينة على ذلك لا تسمع بينتهم لأنه يكون قضاءً على الغائب وله من غير أن يكون عنه وله خصم حاضر، لأن المودع والمضارب والغريم ليسوا خصماء عن الغائب في إثبات الزوجية وإيجاب النفقة عليه، وكذا الأولاد والوالدون والمرأة ليسوا خصماء للغائب في إثبات ملك المال له، وكل ذلك لا يجوز، فإن أعطوهم شيئاً فهو من مال أنفسهم لأنهم متطوعون في ذلك، ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوي الأرحام، لأن نفقتهم ليست بعلة الجزئية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والإحسان إليهم.

ألا ترى أنهم ليس لهم أن يمدوا أيديهم فيأخذوا من ماله عند حاجتهم إليه بخلاف الوالدين والمولودين فكان الإنفاق من ماله قضاء على الغائب، والأصل أن كل مال ثبت حق الأخذ منه للمنفق عليه من غير قضاء القاضي له أن ينفق منه، وما لا يثبت حق الأخذ منه إلا بقضاء ليس للقاضي أن ينفق منه، ثم القاضي إنما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا إذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاماً أو ثياباً هي من جنس كسوتها.

فأما إذا كان من جنس آخر من العروض والعقار فلا ينفق لأنه لا يمكنه الإنفاق إلا بالبيع وليس للقاضي

(١) خذي من مال أبي سفيان... أخرجه البخاري في «الصحيح» (٩/ ٥٠٧) كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل. ومسلم في «الصحيح» (٣/ ١٣٣٨) كتاب الأقضية باب قضية هند.

أن يبيع العقار والعروض على الغائب بالإجماع لأن البيع على الغائب في معنى الحجر عليه، والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبـي حنيفة، وعندهما إن جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغائب، لأن الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضاء الدين مع القدرة على القضاء من ثمن العين ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الإنفاق فافترق الحالان، وإنما ملك بيع ما يتسارع إليه الفساد، لأن ذلك وإن كان بيعاً صورة فهو حفظ وإمساك له معنى، والقاضي يملك حفظ مال المفقود، وأما الأب فليس له أن يبيع العقار في نفقة الغائب من غير إذن القاضي بالإجماع، وأما المنقول فله أن يبيعه عند أبـي حنيفة من غير أمر القاضي، وعندهما: لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار لما علم في كتاب النفقات والله تعالى أعلم.

فصل: وأما حكم ماله فهو أنه إذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش إليها عادة يحكم بموته ويعتق أمهات أولاده ومدبره وتبين امرأته ويصير ماله ميراثاً لورثته الأحياء وقت الحكم ولا شيء لمن مات قبل ذلك، ولم يقدر لتلك المدة في ظاهر الرواية تقديراً.

وروى الحسن عن أبـي حنيفة: أنه قدرها بمائة وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في «**الأصل**» أنه فقد رجل بصفين أو بالجمل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن أبـي حنيفة عليه الرحمة فقسم بينهم، وقيل: كانت وفاة سيدنا علي رضي الله عنه في سنة أربعين ووفاة أبـي حنيفة رضي الله عنه في سنة مائة وخمسين. وروي عن محمد رحمه الله: أنه قدرها بمائة سنة، فإذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الأحكام المتعلقة بالمدة، كما إذا قامت البينة على موته، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب اللقيط

الكلام في اللقيط في مواضع:

في تفسير اللقيط لغة وعرفاً.

وفي بيان حاله وفي بيان ما يتعلق به من الأحكام.

أما في اللغة: فهو فعيل من اللقط وهو اللقاء بمعنى المفعول وهو الملقوط وهو الملقي أو الأخذ والرفع بمعنى الملقوط وهو المأخوذ والمرفوع عادة لما أنه يؤخذ فيرفع.

وأما في العرف فنقول: هو اسم للطفل المفقود وهو الملقى أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادة فكان تسميته لقيطاً باسم العاقبة لأنه يلقط عادة أي يؤخذ ويرفع وتسمية الشيء باسم عاقبته أمر شائع في اللغة، قال الله تعالى جل شأنه: ﴿إِنّي أراني أَعْصِرُ خَمْرَاً﴾(١).

وقال الله تعالى جل شأنه: ﴿إِنَّكَ ميتٌ وإنَّهم ميتون﴾(٢) سمى العنب خمراً، والحي الذي يحتمل الموت ميتاً باسم العاقبة. كذا هذا.

فصل: وأما بيان حاله فله أحوال ثلاث لا بد من التعرف عنها: حاله في الحرية والرق، وحاله في النسب. أما حاله في الحرية والرق فهو أنه حر من حيث الظاهر. كذا روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما أنهما حكما بكون اللقيط حراً، ولأن الأصل هو الحرية في بني آدم، لأن الناس كلهم أولاد سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام وحواء، وهما كانا حرين، والمتولد من الحرين يكون حراً، وإنما حدث الرق في البعض شرعاً بعارض الاستيلاء بسبب عارض وهو الكفر الباعث على الحراب فيجب العمل بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض فرتب عليه أحكام الأحرار من أهلية الشهادة والإعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه وغير ذلك من الأحكام المختصة بالأحرار إلا أنه لا يحد قاذف أمه، لأن إحصان المقذوف شرط انعقاد علة توجب على القاذف ولم يعرف إحصانها لانعقاد القذف عليه لوجوب الحد على القاذف. ولو ادعى الملتقط أو غيره أنه عبده لا يسمع منه إلا ببينة لأن حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يقدر على إبطال هذا الظاهر إلا بدليل، ولو بلغ فأقر أنه عبد فلان نظر في ذلك إن كان لم يجر عليه شيء من أحكام الأحرار بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحوه صح إقراره لأنه لم تعرف حريته إلا بظاهر الحال فإذا أقر بالرق فالظاهر أنه لا يقر على نفسه بالرق كاذباً فصح إقراره، إلا أنه لا يعتبر في إبطال ما يفعله من التصرفات من

(١) سورة يوسف، الآية: (٣٦).
(٢) سورة الزمر، الآية: (٣٠).

الهبة والكفالة والإعتاق والنكاح ونحوها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تنفسخ، وهذا عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه: ينفسخ.

وجه قوله: أنه لما أقر بالرق فقد ظهر أنه كان رقيقاً وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما إذا قامت البينة على رقه.

ولنا: إن هذا إقرار تضمن إبطال حق الغير لأن حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يصدق في حق ذلك الغير لما عرف أن الإقرار تصرف على نفس المقر فإذا تضمن إبطال حقه حق الغير كان دعوى أو شهادة على غيره من ذلك الوجه فيصدق على نفسه لا على غيره، كمن أقر بحرية عبد إنسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن على البائع لما قلنا، كذا هذا. والاستدلال بالبينة غير سديد لأن الشاهد غير متهم في شهادته على غيره. فأما المقر في إقراره على غيره فمتهم فهو الفرق.

وإن كان قد أجري عليه شيء من ذلك لا يصح إقراره، لأنه إذا أجري عليه شيء من أحكام الأحرار فقد ظهرت حريته عند الناس كافة فظهر أنه حر الأصل فلا يملك إبطالها بالإقرار بالرق.

وأما حاله في الإسلام والكفر فإن وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم يكون مسلماً، حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين، وإن وجده ذمي في بيعة أو كنيسة أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذمياً تحكيماً للظاهر، كما إذا وجده مسلم في بيعة أو كنيسة أو في قرية من قرى أهل الذمة يكون ذمياً. ولو وجده ذمي في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم يكون مسلماً. كذا ذكر في كتاب اللقيط من «**الأصل**» واعتبر المكان وروى ابن سماعة عن محمد أنه اعتبر حال الواجد من كونه مسلماً أو ذمياً. وفي كتاب الدعوى اعتبر الإسلام إلى أيهما نسب إلى الواجد أو إلى المكان، والصحيح رواية هذا الكتاب لأن الموجود في مكان هو في أيدي أهل الإسلام وتصرفهم في أيديهم، واللقيط الذي هو في يد المسلم وتصرفه يكون مسلماً ظاهراً، والموجود في المكان الذي هو في أيدي أهل الذمة وتصرفهم في أيديهم واللقيط الذي هو في يد الذمي وتصرفه يكون ذمياً ظاهراً فكان اعتبار المكان أولى، فإن وجده مسلم في مصر من أمصار المسلمين فبلغ كافراً يجبر على الإسلام ولكن لا يقتل لأنه لم يعرف إسلامه حقيقة وإنما حكم به تبعاً للدار فلم تتحقق ردته فلا يقتل.

وأما حاله في النسب فهو أنه مجهول النسب حتى لو ادعى إنسان نسبة الملتقط أو عتقه تصح دعوته ويثبت النسب منه لما علم في كتاب الدعوى.

وأما الأحكام المتعلقة به فأنواع:

منها: أن التقاطه أمر مندوب إليه لما روي أن رجلاً أتى سيدنا علياً رضي الله عنه بلقيط فقال: هو حر، ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كانت أحب إليّ من كذا وكذا، عد جملة من أعمال الخير، فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير على المبالغة في الندب إليه، ولأنه نفس لا حافظ لها بل هي في مضيعة فكان التقاطها إحياء لها معنى، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ

أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾[١].

ومنها: أن الملتقط أولى بإمساكه من غيره حتى لا يكون لغيره أن يأخذه منه لأنه هو الذي أحياه بالتقاطه: «ومن أحيا أرضاً ميتة فهي له على لسان رسول الله ﷺ»، ولأنه مباح الأخذ سبقت يد الملتقط إليه، والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله ﷺ.

ومنها: أن نفقته من بيت المال لأن ولاءه له، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**الخراجُ بالضَّمانِ**»[٢].

ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له، لأن الظاهر أنه ماله فيكون له، كثيابه التي عليه. وكذا إذا وجد مشدوداً على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون النفقة من ماله، لأن الإنفاق من بيت المال للضرورة، ولا ضرورة إذا كان له مال، وليس على الملتقط أن ينفق عليه من مال نفسه لانعدام السبب الموجب للنفقة عليه، ولو أنفق عليه من مال نفسه، فإن فعل بإذن القاضي له أن يرجع عليه. وإن فعل بغير إذنه لا يرجع عليه لأنه يكون متطوعاً فيه.

ومنها: أن عقله لبيت المال، لأن عاقلته بيت المال فيكون عقله له، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الخراجُ بالضَّمانِ**»[٣].

ومنها: أن ولاءه لبيت المال لما قلنا.

ومنها: أن له أن يوالي من شاء إذا بلغ إلا إذا عقل عنه بيت المال فليس له أن يوالي أحداً لأن العقد يلزم بالعقل على ما نذكر في كتاب الديات إن شاء الله تعالى لما علم في الولاء.

ومنها: أن وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه لقوله عليه الصلاة والسلام: «**السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ**»[٤].

وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ والخالُ وارث مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ**»[٥] والسلطان نائب الله ورسوله فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله، وليس للملتقط أن يفعل شيئاً من ذلك

---

(١) سورة المائدة، الآية: (٣٢).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٦٦).
وأبو داود في «السنن» (٢/ ٥٦٦ ـ ٥٦٨) كتاب النكاح، باب في الولي.
والترمذي في «السنن» (٣/ ٤٠٧، ٤٠٨) كتاب النكاح، باب ما لا نكاح إلا بولي.
وابن ماجه في «السنن» (١/ ٦٠٥) كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي.
والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٦٨) كتاب النكاح باب أيما امرأة نكحت بإذن وليها. . .
والشافعي في «المسند» كتاب النكاح الباب الثاني فيما جاء بالولي.
(٥) أخرجه الترمذي (٢١٠٣) في الفرائض: باب ميراث الخال.
والطحاوي (٤/ ٣٩٧).
وأحمد في «المسند» (١/ ٢٨ و ٤٦).
وابن ماجه (٢٧٣٧) في الفرائض باب ذوي الأرحام.

لأنه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة، إلا أنه يجوز له أن يقبض الهبة له ويسلمه في صناعة ويؤاجره لأن ذلك ليس من باب الولاية عليه بل من باب إصلاح حاله وإيصال المنفعة المحضة إليه من غير ضرر فأشبه إطعامه وغسل ثيابه. ومنها أن نسبه من المدعي يحتمل الثبوت شرعاً لأنه مجهول النسب على ما يأتي في كتاب الدعوى، حتى لو ادعى الملتقط أو غيره أنه ابنه تسمع دعواه من غير بينة وبينته نسبه منه، والقياس أن لا تسمع إلا ببينة.

وجه القياس: ظاهر لأنه يدعي أمراً جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح وذلك بالبينة ولم توجد.

وجه الاستحسان: أنه عامل أخبر بأمر محتمل الثبوت، وكل من أخبر عن أمر والمخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسيناً للظن بالمخبر هو الأصل، إلا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير، وههنا في التصديق وإثبات النسب نظر من الجانبين، جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن أسباب الهلاك وغير ذلك، وجانب المدعي بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية، وتصديق المدعي في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف على البينة، وسواء كان المدعي مسلماً أو ذمياً أو عبداً، حتى لو ادعى نسبه ذمي تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه لكنه يكون مسلماً لأنه ادعى شيئين يتصور انفصال أحدهما عن الآخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافراً، ويمكن تصديقه في أحدهما لكونه نفعاً للقيط وهو كونه ابناً له، ولا يمكن تصديقه في الآخر لكونه ضرراً به وهو كونه كافراً فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب للولد منه، ولا يصدق فيما يضره فلا يحكم بكفره، وليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون كافراً، ألا ترى أنه يحكم بإسلامه وبإسلام أمه وإن كان الأب كافراً. هذا إذا أقر الذمي أنه ابنه ولا بينة له، فإن أقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الإقرار.

ووجه الفرق بين الإقرار وبين الشهادة: أنه متهم في إقراره بما يتضمنه إقراره وهو كون الولد على دينه، ولا تهمة في الشهادة لما مر.

ولو ادعى عبد أنه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه لكنه يكون حراً لما ذكرنا في دعوى الذمي لأنه ادعى شيئين:

أحدهما: نفع اللقيط والآخر مضرة وهو الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي. ولو ادعاه رجلان أنه ابنهما ولا بينة لهما، فإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لأنه أنفع للقيط، وكذلك إذا كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لأنه أنفع له، وإن كانا مسلمين حرين فإن وصف أحدهما علامة في جسده فالواصف أولى به عندنا.

وعند الشافعي رحمه الله: يرجع إلى القائف فيؤخذ بقوله، والصحيح قولنا لأن الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد ترجح أحدهما بالعلامة؛ لأنه إذا رضي العلامة ولم يصف الآخر دل على أن

وابن أبي شيبة (١١/٢٦٣).
والدارقطني (٤/ ٨٤ ـ ٨٥) والبيهقي (٦/ ٢١٤).

يده عليه سابقة فلا بد لزوالها من دليل، والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى عز شأنه خبراً عن أهل تلك المرأة: ﴿إِنْ كَانَ قميصُه قُدَّ من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كانَ قميصهُ قُدَّ مِنْ دبرٍ فكذبتْ وهو مِنَ الصادقين، فلما رأى قميصه قد من دبر قال: إنه من كيدكنَ إنَّ كيدكن عظيمٌ﴾[1].

حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الأمم السالفة في كتابه العزيز ولم يغير عليهم، والحكيم إذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة، وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت، يميز ذلك بالعلامة كذا ههنا، وإن لم يصف أحدهما العلامة يحكم بكونه ابناً لهما، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، فإن أقام أحدهما البينة فهو أولى به؛ وإن أقاما جميعاً البينة يحكم بكونه ابناً لهما لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر. وقد روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه في مثل هذا أنه قال: إنه ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للثاني منهما فإن ادعاه أكثر من رجلين فأقام البينة. روي عن أبـي حنيفة رضي الله عنه أنه تسمع من خمسة. وقال أبو يوسف: من اثنين ولا تسمع من أكثر من ذلك. وقال محمد: تسمع من ثلاثة ولا تسمع من أكثر من ذلك.

هذا إذا كان المدعي رجلاً فإن كانت امرأة فادعته أنه ابنها فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت البينة صحت دعوتها وإلا فلا، لأن فيه حمل نسب الغير على الغير وأنه لا يجوز لما نذكره في كتاب الإقرار، ولو ادعاه امرأتان وأقامت إحداهما البينة فهي أولى به، وإن أقامتا جميعاً فهو ابنهما عند أبـي حنيفة، وعند أبـي يوسف لا يكون لواحد منهما، وعن محمد روايتان، في رواية أبـي حفص يجعل ابنهما، وفي رواية أبـي سليمان لا يجعل ابن واحدة منهما، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) سورة يوسف، الآية: (٢٧).

كتاب اللقطة

الكلام في اللقطة في مواضع: في بيان أنواعها، وفي بيان أحوالها، وفي بيان ما يصنع بها.

أما الأول: فنوعان من غير الحيوان وهو المال الساقط لا يعرف مالكه، ونوع من الحيوان وهو الضالة من الإبل والبقر والغنم من البهائم، إلا أنه يسمى لقطة من اللقط وهو الأخذ والرفع لأنه يلقط عادة، أي يؤخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط.

فصل: وأما بيان أحوالها منها في الأصل حالان: حال ما قبل الأخذ وحال ما بعده، أما قبل الأخذ فلها أحوال مختلفة قد يكون مندوب الأخذ وقد يكون مباح الأخذ وقد يكون حرام الأخذ، أما حالة الندب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فأخذها لصاحبها أفضل من تركها لأنه إذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها إحياء لمال المسلم معنى فكان مستحباً، والله تعالى أعلم.

وأما حالة الإباحة فهو أن لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها لصاحبها، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: إذا خاف عليها يجب أخذها وإن لم يخف يستحب أخذها، وزعم أن الترك عند خوف الضيعة يكون تضييعاً لها والتضييع حرام فكان الأخذ واجباً، وهذا غير سديد لأن الترك لا يكون تضييعاً بل هو امتناع من حفظ غير ملزم، والامتناع من حفظ غير ملزم لا يكون تضييعاً كالامتناع عن قبول الوديعة.

وأما حالة الحرمة فهو أن يأخذها لنفسه لا لصاحبها، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لاَ يَأْوِي الضَّالَّةَ إلاّ ضَالٌّ**»[1] والمراد أن يضمها إلى نفسه لأجل نفسه لا لأجل صاحبها بالرد عليه، لأن الضم إلى نفسه لأجل صاحبها ليس بحرام، ولأنه أخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه فيكون بمعنى الغصب، وكذا لقطة البهيمة من الإبل والبقر والغنم عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز التقاطها أصلاً، واحتج بما روي أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن ضالة الإبل؟ فقال: «**مَا لَكَ ولَهَا مَعَها حذاؤها وسقاؤها تَردُ الماءَ وتَرعى الشَّجَر دعها حَتّى يلقاها رَبّها**»[2]، نهى عن التعرض لها وأمر بترك الأخذ فدل على حرمة الأخذ.

---

(١) أخرجه مسلم في «الصحيح» (٣/ ١٣٥١) كتاب اللقطة باب في لقطة الحاج. وأحمد في «المسند» (٤/ ١١٧).
والنسائي في «الكبرى» (ورقة ٧٥).

(٢) أخرجه البخاري في «الصحيح» (٥/ ٨٤) كتاب اللقطة باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ومسلم في «الصحيح» (٣/ ١٣٤٦) كتاب اللقطة.
وأحمد (٤/ ١١٧).

«ولَنَا مَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلاً وَجَدَ بَعِيراً بالحرَّةِ فَعَرَّفَهُ ثُمَّ ذَكَرَهُ لِسَيِّدِنَا عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ فَأَمَرَهُ أَنْ يُعَرِّفَهُ، فَقَالَ الرَّجُلُ لِسَيِّدِنَا عُمَرَ: قَدْ شَغَلَنِي عَنْ ضَيْعَتِي، فَقَالَ سَيِّدُنَا عُمَرُ: أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ»[1] ولأن الأخذ حال خوف الضيعة إحياء لمال المسلم فيكون مستحباً وحال عدم الخوف ضرب إحراز فيكون مباحاً ما ذكرنا. وأما الحديث فلا حجة له فيه لأن المراد منه أن يكون صاحبه قريباً منه. ألا ترى أنه قال عليه الصلاة والسلام: «حتى يلقاها ربها»، وإنما يقال ذلك إذا كان قريباً أو كان رجاء اللقاء ثابتاً، ونحن به نقول ولا كلام فيه.

والدليل عليه: أنه لما سأله عن ضالة الغنم قال: خذها فإنها لك أو لأخيك أو للذئب. دعاه إلى الأخذ ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة، وأنه موجود في الإبل، والنص الوارد فيها أولى أن يكون وارداً في الإبل وسائر البهائم دلالة، إلا أنه عليه الصلاة والسلام فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذئب على الغنم إذا لم يلقها ربها عادة، بعيداً كان أو قريباً، وكذلك الإبل لأنها تذب عن نفسها عادة.

هذا الذي ذكرنا حال ما قبل الأخذ، وأما حال مابعده: فلها بعد الأخذ حالان: في حالة هي أمانة وفي حال هي مضمونة، أما حالة الأمانة فهي أن يأخذها لصاحبها لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع.

وأما حالة الضمان فهي أن يأخذها لنفسه، لأن المأخوذ لنفسه مغصوب وهذا لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في شيء آخر، وهو أن جهة الأمانة إنما تعرف جهة الضمان إما بالتصديق أو بالإشهاد عند أبي حنيفة، وعندهما بالتصديق أو باليمين، حتى لو هلكت فجاء صاحبها وصدقه في الأخذ له لا يجب عليه الضمان بالإجماع وإن لم يشهد، لأن جهة الأمانة قد ثبتت بتصديقه، وإن كذبه في ذلك فكذا عند أبي يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه.

وأما عند أبي حنيفة فإن أشهد فلا ضمان عليه لأنه بالإشهاد ظهر أن الأخذ كان لصاحبه فظهر أن يده يد أمانة، وإن لم يشهد يجب عليه الضمان، ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان، لأنه أقر بالغصب والمغصوب مضمون على الغاصب.

وجه قولهما: أن الظاهر أنه أخذه لا لنفسه لأن الشرع إنما مكنه من الأخذ بهذه الجهة فكان إقدامه على الأخذ دليلاً على أنه أخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهداً له فكان القول قوله ولكن مع الحلف لأن القول قول الأمين مع اليمين. ولأبي حنيفة رحمه الله وجهان: أحدهما أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان في الأصل، إلا أنه إذا كان الأخذ على سبيل الأمانة بأن أخذه لصاحبه فيخرج من أن يكون سبباً، وذلك إنما يعرف بالإشهاد، فإذا لم يشهد لم يعرف كون الأخذ لصاحبه فبقي الأخذ سبباً في حق وجوب الضمان على الأصل.

والثاني: أن الأصل أن عمل كل إنسان له لا لغيره بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلاَّ مَا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٠/ ١٣٢ و ١٣٣) كتاب اللقطة برقم (١٨٦٠٨ و ١٨٦٠٩).
ورواه البيهقي (٦/ ١٩١) كتاب اللقطة باب الرجل يجد ضالة يريد ردها على صاحبها لا يريد أكلها.

سَعَىٰ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾[2]، فكان أخذه اللقطة في الأصل لنفسه لا لصاحبها، وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان لأنه غصب وإنما يعرف الأخذ لصاحبها بالإشهاد فإذا لم يوجد تعين أن الأخذ لنفسه فيجب عليه الضمان.

ولو أخذ اللقطة ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية، وكذا نص عليه محمد في «الموطأ» وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: هذا الجواب فيما إذا رفعها ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها، فأما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها إلى مكانها يضمن، وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل.

وقال الشافعي رحمه الله: يضمن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب.

وجه قوله: أنه لما أخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فإذا ردها إلى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فأشبه الوديعة إذا ألقاها المودع على قارعة الطريق حتى ضاعت.

ولنا: أنه أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل فصار كأنه لم يأخذها أصلاً. وبه تبين أنه لم يلزم الحفظ وإنما تبرع به وقد رده بالرد إلى مكانها فارتد وجعل كأن لم يكن.

هذا إذا كان أخذها لصاحبها ثم ردها إلى مكانها فضاعت وصدقة صاحبها فيه أو كذبه، لكن الملتقط قد كان أشهد على ذلك، فإن كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبـي حنيفة، وعندهما لا يجب أشهد أو لم يشهد ويكون القول قوله مع يمينه أنه أخذها لصاحبها على ما ذكرنا.

ثم تفسير الإشهاد على اللقطة: أن يقول الملتقط: بمسمع من الناس إني التقطت لقطة أو عندي لقطة فأي الناس أنشدها فدلوه عليّ، أو يقول: عندي شيء فمن رأيتموه يسأل شيئاً فدلوه عليّ، فإذا قال ذلك ثم جاء صاحبها فقال الملتقط: قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالإجماع. وإن كان عنده عشر لقطات لأن اسم الشيء واللقطة منكراً إن كان يقع على شيء واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضع يراد بها كل الجنس في العرف والعادة لا فرد من الجنس، إذ المقصود من التعريف إيصال الحق إلى المستحق. ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف والمعتاد، فكان هذا إشهاداً على الكل بدلالة العرف والعادة، ولو أقر أنه كان أخذها لنفسه لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك لأنه ظهر أنه أخذها غصباً فكان الواجب عليه الرد إلى المالك، لقوله عليه الصلاة والسلام: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»[3] فإذا عجز

(١) سورة النجم، الآية: (٣٩).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٨٦).
(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٥/ ٨، ١٣).
وأبو داود في «السنن» (٣/ ٨٢٢) كتاب البيوع باب في تضمين العارية.
والترمذي في «السنن» (٣/ ٥٦٦) كتاب البيوع باب ما جاء في أن العارية مؤداة.
وابن ماجه في «السنن» (٢/ ٨٠٢) كتاب الصدقات باب العارية.
والحاكم في «المستدرك» (٢/ ٤٧) كتاب البيوع باب لا يجوز لامرأة في مالها.

عن رد العين يجب عليه بدلها كما في الغصب.

وكذلك إذا أخذ الضالة ثم أرسلها إلى مكانها الذي أخذها منه فحكمها حكم اللقطة لأن هذا أحد نوعي اللقطة، وقد روينا في هذا الباب عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال لواجد البعير الضال: أرسله حيث وجدته، وهذا يدل على انتفاء وجوب الضمان.

فصل: وأما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق: إذا أخذ اللقطة فإنه يعرفها لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**عرِّفها حولاً**»[1] حين سئل عن اللقطة.

وروي أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما، فقال: إني وجدت لقطة فما تأمرني فيها فقال: «عرفها سنة».

وروينا عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه أمر بتعريف البعير الضال، ثم نقول: الكلام في التعريف في موضعين:

أحدهما: في مدة التعريف.

والثاني: في بيان مكان التعريف أما مدة التعريف فيختلف قدر المدة لاختلاف قدر اللقطة إن كان شيئاً له قيمة تبلغ عشرة دراهم فصاعداً يعرفه حولاً، وإن كان شيئاً قيمته أقل من عشرة يعرفه أياماً على قدر ما يرى.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: التعريف على خطر المال، إن كان مائة ونحوها عرفها سنة، وإن كان عشرة ونحوها عرفها شهراً، وإن كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة، أو قال: عشرة، وإن كان درهماً ونحوه عرفه ثلاثة أيام، وإن كان دانقاً ونحوه عرفه يوماً، وإن كان تمرة أو كسرة تصدق بها، وإنما تكمل مدة التعريف إذا كان مما لا يتسارع إليه الفساد، فإن خاف الفساد لم تكمل ويتصدق بها.

وأما مكان التعريف فالأسواق وأبواب المساجد لأنها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها أسرع إلى تشهير الخبر ثم إذا عرفها فإن جاء صاحبها وأقام البينة أنها ملكه أخذها لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ» وإن لم يقم البينة ولكنه ذكر العلامة بأن وصف عفاصها ووكاءها ووزنها وعددها يحل للملتقط أن يدفع إليه، وإن شاء أخذ منه كفيلاً لأن الدفع بالعلامة مما قد ورد به الشرع في الجملة كما في اللقيط إلا أن هناك يجبر على الدفع وهنا لا يجبر، لأن هناك يجبر على الدفع بمجرد الدعوى فمع العلامة أولى رهناً لا عبرة بمجرد الدعوى بالإجماع فجاز أن يجبر على الدفع مع العلامة ولكن يحل له الدفع وله أن يأخذ كفيلاً لجواز مجيء آخر فيدعها ويقيم البينة، ثم إذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار إن شاء أمسكها إلى أن يحضر صاحبها، وإن شاء تصدق بها على الفقراء، ولو أراد أن ينتفع بها، فإن كان غنياً لا يجوز أن ينتفع بها عندنا، وعند الشافعي رحمه الله إذا عرفها حولاً ولم يحضر صاحبها كان له أن ينتفع

= والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٩٠) كتاب العارية باب العارية مضمونة.

(١) أخرجه الشيخان في «صحيحيهما».

بها، وإن كان غنياً وتكون قرضاً عليه.

واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ قال لمن سأله عن اللقطة: «عرفها حولاً فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[١]، وهذا إطلاق الانتفاع للملتقط من غير السؤال عن حاله أنه فقير أو غني بل إن الحكم لا يختلف.

ولنا: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تَحِلُّ اللُّقَطَةُ فَمَنِ الْتَقَطَ شَيْئاً فَلْيُعَرِّفْهُ سَنَةً»[٢]، فإن جاءه صاحبها فليردها عليه، وإن لم يأت فليتصدق. والاستدلال به من وجهين:

أحدهما: أنه نفى الحل مطلقاً وحالة الفقر غير مرادة بالإجماع فتعين حالة الغنى.

والثاني: أنه أمر بالتصدق ومصرف الصدقة الفقير دون الغني، وإن الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز إلا لضرورة ولا ضرورة إذا كان غنياً. وأما الحديث فلا حجة له فيه، لأن قوله عليه الصلاة والسلام فشأنك بها إرشاد إلى الاشتغال بالحفظ لأن ذلك كان شأنه المعهود باللقطة إلى هذه الغاية أو يحمله على هذا توفيقاً بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض، وإذا تصدق بها على الفقراء، فإذا جاء صاحبها كان له الخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها، وإن شاء ضمن الملتقط أو الفقير إن وجده، لأن التصدق كان موقوفاً على إجازته وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب الغاصب، وإن كان فقيراً، فإن شاء تصدق بها على الفقراء، وإن شاء أنفقها على نفسه، فإذا جاء صاحبها خيره بين الأجر وبين أن يضمنها له على ما ذكرنا.

وكذلك إذا كان غنياً جاز له أن يتصدق بها على أبيه وابنه وزوجته إذا كانوا فقراء، وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقطة الحل من التعريف وغيره، وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لقطة الحرم تعرف أبداً ولا يجوز الانتفاع بها بحال. واحتج بما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ فِي صِفَةِ مَكَّةَ: «وَلاَ تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلاَّ لِمُنْشِدٍ»[٣]، أي لمعرف، فالمنشد المعرف والناشد الطالب وهو المالك، ومعنى الحديث: أنه لا تحل لقطة الحرم إلا للتعريف.

ولنا: ما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له في الحديث لأنا نقول بموجبه أنه لا يحل التقاطها إلا للتعريف، وهذا حال كل لقطة إلا أنه خص عليه الصلاة والسلام لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين أن ذا لا يسقط التعريف، وكذلك حكم الضالة في جميع ما وصفنا وتنفرد بحكم آخر وهو النفقة، فإن أنفق عليها بأمر القاضي يكون ديناً على مالكها، وإن أنفق بغير إذنه يكون

---

(١) أخرجه الشيخان بمعناه عن ابن عباس وعن أبي هريرة انظر «الدراية» (٢/ ١٤٠).

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٨٢) وقد تقدم.
والبخاري في «الصحيح» كتاب العلم باب كتابة العلم (١١٢) وكتاب الديات باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين (٦٨٨٠).
ومسلم في «صحيحه» كتاب الحج باب تحريم مكة وصيدها (١٣٥٥).

(٣) رواه البخاري في «صحيحه» (١/ ٢٠٥) كتاب العلم باب كتابة العلم رقم (١١٢).
ومسلم في «الصحيح» (٢/ ٩٨٩) كتاب الحج باب تحريم مكة وصيدها.

متطوعاً فينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي، ينظر في ذلك فإن كانت بهيمةً يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة أمره بأن يؤاجرها وينفق عليها من أجرتها نظراً للمالك.

وإن كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الإجارة وخشي أن لو أنفق عليها أن تستغرق النفقة قيمتها أمره ببيعها وحفظ ثمنها مقامها في حكم الهلاك وإن رأى الإصلاح أن لا يبعها بل ينفق عليها أمره بأن ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك ديناً على صاحبها، حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة، وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن، وإن أبـى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع إليه قدر ما أنفق والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الإباق

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في تفسير الآبق، وفي بيان حاله، وفي بيان ما يصنع به، وفي بيان حكم ماله. أما الأول فالآبق اسم لرقيق يهرب من مولاه، وأما حاله فحال اللقطة قبل الأخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطة.

فصل: وأما بيان ما يصنع به فنقول: وبالله التوفيق إذا أخذ الآبق لصاحبه فإن شاء الآخذ أمسكه على صاحبه حتى يجيء فيأخذه وإن شاء ذهب به إلى صاحبه فرده عليه فإن أمسكه فجاء إنسان وادعى أنه عبده فإن أقام البينة دفعه إليه وأخذ منه كفيلاً إن شاء لجواز أن يجيء آخر فيدعيه ويقيم البينة فله أن يستوثق بكفيل، وإن لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه إليه أيضاً لأنه ادعى شيئاً لا ينازعه فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلاً إن شاء لما قلنا: وما أنفق عليه فإن كان بإذن القاضي يرجع به على صاحبه وإلا فلا، لأنه يكون متطوعاً، فإن طالت المدة ولم يجيء له طالب باعه القاضي وأخذ ثمنه يحفظه على صاحبه لأن ذلك حفظ له معنى، فإن باعه وأخذ ثمنه ثم جاء إنسان وأقام البينة أنه عبده دفع الثمن إليه وليس له أن ينقض البيع، لأن البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لأنه من باب حفظ ماله إذ لو لم يبع لأتت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظاً له من حيث المعنى والقاضي يملك مال الغائب، ولهذا يبيع ما يتسارع إليه الفساد.

ولو زعم المدعي أنه قد كان دبره أو كاتبه لم يصدق في نقض البيع لما قلنا، وينفق القاضي عليه في مدة حبسه إياه من بيت المال، ثم إذا جاء صاحبه أخذه من صحابه أو من ثمنه إن باعه، لأن الإنفاق عليه إحياء ماله فيكون عليه، وإذا جاء بالآبق له أن يمسكه بالجعل، لأنه إذا جاء به فقد استحق الجعل على مالكه فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفاء الثمن.

ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن يسقط الجعل كما لا ضمان على البائع بهلاك المبيع المحبوس بالثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الرقيق في قول أبـي حنيفة ومحمد، وعند أبـي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وهذه المسألة في كتاب «القاضي» في بيان شرائط قبول كتاب «القاضي إلى القاضي».

فصل: وأما بيان حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحساناً، والكلام في الجعل في مواضع: في بيان أصل الاستحقاق، وفي بيان سببه، وفي بيان شرطه، وفي بيان ما يستحق عليه، وفي بيان قدر المستحق.

أما أصل الاستحقاق فثابت عندنا استحساناً، والقياس أن لا يثبت أصلاً كما لا يثبت برد الضالة.

وقال الشافعي رحمه الله: يثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الآخذ الجعل على المالك وجب وإلا فلا.

وجه قول الشافعي رحمه الله: أنه رد مال الغير عليه محتسباً فلا يستحق الأجر كما لو رد الضالة إلا إذا شرط فيجب عليه بحكم الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام: «المُسْلمونَ عِنْدَ شُروطِهِمْ»[١].

ولنا: ما رواه محمد بن الحسن عليه الرحمة عن أبي عمرو الشيباني[٢] أنه قال: كنت قاعداً عند عبد الله بن مسعود فجاء رجل فقال: قدم فلان بإباق من القوم فقال القوم: لقد أصاب أجراً.

فقال عبد الله رضي الله عنه: «وجعلاً إن شاء من كل رأس درهماً» ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً، ولأن جعل الآبق طريق صيانة عن الضياع لأنه لا يتوصل إليه بالطلب عادة إذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك فلو لم يأخذه لضاع ولا يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة الأخذ والرد عليه مجاناً بلا عوض عادة، وإذا علم أن له عليه جعلاً يحمل مشقة الأخذ والرد طمعاً في الجعل فتحصل الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع، وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطاً للأجر عند الأخذ والرد دلالة بخلاف الضالة، لأن الدابة إذا ضلت فإنها ترعى في المراعي المألوفة فيمكن الوصول إليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الأخذ فلا حاجة إلى الصيانة بالجعل، فإن أخذه أحد كان في الأخذ والرد محتسباً فلا يستحق الأجر فهو الفرق، وأما سبب استحقاق الجعل فهو الأخذ لصاحبه لأنه طريق الصيانة على المالك وهو معنى التسبب.

فصل: وأما شرائط الاستحقاق فأنواع: منها الرد على المالك لأن الصيانة تحصل عنده وهو معنى الشرط أن توجد العلة عند وجوده، حتى لو أخذه فمات أو أبق من يده قبل الرد لا يستحق الجعل، ولو أخذه فأبق من يده فأخذه غيره فرده على المالك فالجعل للثاني ولا شيء للأول، لأنه لما أبق من يده فقد انفسخ ذلك السبب أو بقي ذلك سبباً محضاً لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط من الثاني فكان الأول صاحب سبب محض، والسبب المحض لا حكم له، والثاني صاحب علة فيكون الجعل له.

ولو كان الراد واحداً والآبق اثنين فله جعلان لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل واحد منهما، ولو كان الراد اثنين والآبق واحداً فلهما جعل واحد بينهما نصفان لاشتراكهما في مباشرة السبب والشرط، ولو كان الراد واحداً والآبق واحداً والمالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما. ولو جاء بالآبق فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد على التركة، ثم إن كان عليه دين محيط بماله فهو أحق بالعبد حتى يعطى الجعل لما ذكرنا، وإن لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على سائر الديون فيباع العبد ويبدأ بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لأنه كان أحق بحبسه

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أبو عمر الشيباني: هو سعد بن إياس كوفي ثقة مخضرم من الثانية مات سنة خمس أو ست وتسعين وهو ابن عشرين وما سن سنة. انظر «التقريب» ص ٢٣ الترجمة (٢٢٣٣).

من بين سائر الغرماء لاستيفاء الجعل فكان أحق بثمنه بقدر الجعل كالمرتهن هذا إذا جاء به أجنبي فوجد المالك قد مات، فأما إذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا كان المالك حياً وقت الأخذ.

وعند أبي يوسف: لا جعل له وإن كان حياً وقت الأخذ إذا مات قبل الوصول إليه.

وجه قوله: أنه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لأنه رد على نفسه. وجه قولهما: أن المجيء به من مسيرة ثلاثة أيام مثلاً في حال حياة المالك على قصد الرد رد على المالك فيستحق الجعل، كما إذا وجده حياً، ولهذا لو كان الراد أجنبياً استحق الجعل لما قلنا، كذا هذا.

ولو جاء به فأعتقه مولاه قبل أن يرده عليه أو باعه منه فله الجعل لما ذكرنا أن المجيء به على قصد الرد على المالك رد عليه ويجب الجعل برد الآبق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك، إلا أنه يجب على المرتهن لأن منفعة الصيانة رجعت إليه.

ألا ترى أنه لو ضاع يسقط دينه بقدر قيمته فإذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الخَرَاجُ بالضَّمانِ**» وسواء كان الراد بالغاً أو صبياً، حراً أو عبداً، لأن الصبي من أهل استحقاق الأجر بالعمل، وكذا العبد، إلا أن الجعل لمولاه لأنه ليس من أهل ملك المال، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: أن لا يكون الراد على المالك في عيال المالك، حتى لو كان في عياله لا جعل له، سواء كان وارثاً أو أجنبياً، لأنه إذا كان في عياله كان الرد منه بمنزلة رد المالك، ولأنه إذا كان في عياله كان في الرد عليه عاملاً لنفسه لأن منفعة الرد تعود إليه، ومن عمل لنفسه لا يستحق الأجر على غيره. والأصل أن الراد إذا كان في عيال المالك لا جعل له كائناً ما كان، وإن لم يكن في عياله فله الجعل كائناً ما كان إلا الابن يرد آبق أبيه والزوج يرد آبق زوجته أنه لا جعل لهما وإن لم يكونا في عيالهما، لأن الابن وإن لم يكن في عيال أبيه فالرد منه يجري مجرى الخدمة لأبيه والابن لا يستحق الأجر بخدمة أبيه لأنها مستحقة عليه، ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لا يستحق الأجر بخلاف الأب مع ما أن الأولاد في العادات يخفظون أموال الآباء لطمع الانتفاع بها بطريق الإرث فكان راداً عبد نفسه معنى، إذ كان بالرد عاملاً لنفسه فلا يستحق الأجر، وكذلك الزوج إذا رد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى، لأنه ينتفع بمالها عادة، وكذلك لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر فلا يستحق الجعل.

وأما الأب إذا رد عبد ابنه فإن كان في عياله لا جعل له، لأن الأجنبي الذي في عياله لا جعل له فالقرابة أولى، وإن لم يكن في عياله فله الجعل لأن الأب لا يستخدم طبعاً وشرعاً وعقلاً، ولهذا لو خدم بالأجر وجب الأجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الأجر. وكذا الآباء لا يخفظون أموال الأولاد للانتفاع بها بطريق الأرث لأن موتهم يتقدم موت الأولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افترق الأمران.

وعلى هذا سائر ذوي الأرحام من الأخ والعم والخال وغيرهم أن الراد إن كان في عيال المالك لا جعل له لما قلنا، وإن لم يكن في عياله فله الجعل. وعلى هذا الوصي إذا رد عبد اليتيم لا جعل له، لأن اليتيم في

عبده وحفظ ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد، وكذا عبد الوصي إذا رد عبد اليتيم لأن رد عبده كرده.

ومنها: أن يكون المردود مرقوقاً مطلقاً كالقن والمدبر وأم الولد، حتى لو كان مكاتباً لا جعل له لأنه ليس بمرقوق على الإطلاق بل هو فيما يرجع إلى مكاسبه حر، ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك في قول الرجل كل مملوك لي حر إلا بالنية، بخلاف المدبر وأم الولد، ولأن استحقاق الجعل معلول بالصيانة عن الضياع، ولا حاجة إلى الصيانة في المكاتب لأنه لا يهرب عادة، لأن العقد في جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة يعجز نفسه بالإباء عن الكسب بخلاف المدبر وأم الولد لأنهما يستخدمان عادة فلعلهما يكلفان ما لا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة إلى الصيانة بالجعل كما في القن، إلا أن الفرق بينهما وبين القن أنه إذا جاء بالقن وقد مات المولى قبل أن يصل إليه فله الجعل، وإن جاء بالمدبر وأم الولد وقد مات المولى قبل الوصول إليه لا جعل له.

ووجه الفرق ظاهر لأنهما يعتقان بموت السيد فلم يوجد رد المرقوق أصلاً فلا يستحق الجعل بخلاف القن، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان من يستحقق عليه فالمستحق عليه هو المالك إذا أبق من يده لأن الجعل مؤنة الرد، ومنفعة الرد عائدة إلى المالك فكانت المؤنة عليه ليكون الخراج بالضمان، ولو أبق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لأن منفعة الرد تعود إليه باعتبار الحبس الذي هو وسيلة إلى استيفاء الدين، فإن كان في قيمة العبد فضل على الدين يجب بقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن. والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان قدر المستحق فينظر إن رده من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً فله أربعون درهما لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما، وإن رده دون ذلك فبحسابه، وإن رده من أقصى المصر رضخ له على قدر عنائه وتعبه، لأن الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره، إلا أن الزيادة على مدة السفر سقط اعتبارها بالشرع فيبقى الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينقص بنقصانه.

هذا إذا كانت قيمة العبد أكثر من الجعل، فإن كانت مثل الجعل أو أنقص منه ينقص من قيمته درهم عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف له الجعل تاماً وإن كانت قيمة العبد درهماً واحداً.

واحتج بما روينا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه قال: «مِنْ كُلِّ رأسٍ أربعينَ دِرْهَماً» اعتبر الرأس دون القيمة.

وجه قولهما: أن الواجب معلول بمعنى الصيانة عن الضياع لما ذكرنا، ولا فائدة في هذه الصيانة لو اعتبرنا الرأس دون القيمة، لأنه إن كان يصان من وجه يضيع من وجه آخر، فلا فرق بين الضياع بترك الأخذ والإمساك وبين الضياع بالجعل، فلا بد أن ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالأخذ مفيداً. والحديث محمول على ما إذا كانت قيمة كل رأس أكثر من أربعين درهماً توفيقاً بين الدلائل بقدر الإمكان. والله عز وجل أعلم.

كتاب السباق

الكلام في هذا الكتاب في موضعين: في تفسير السباق وفي بيان شرائط جوازه. أما الأول فالسباق فعال من السبق، وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الإبل ونحو ذلك، فيقول: إن سبقتك فكذا، أو إن سبقتني فكذا ويسمى أيضاً رهاناً فعالاً من الرهن.

فصل: وأما شرائط جوازه فأنواع:

منها: أن يكون في الأنواع الأربعة: الحافر والخف والنصل والقدم لا في غيرها، لما روي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**لا سَبْقَ إلا في خفٍّ أو حافرٍ أو نِصَالٍ**»[1] إلا أنه زيد عليه السبق في القدم بحديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها، ففيما وراءه بقي على أصل النفي، ولأنه لعب واللعب حرام في «**الأصل**»، إلا أن اللعب بهذه الأشياء صار مستثنى من التحريم شرعاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «**كل لعبٍ حرَامٌ إلا ملاعبةُ الرجلِ امرأتَه وقوسَه وفرَسه**»[2] حرم عليه الصلاة والسلام كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الأشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراءها على أصل التحريم، إذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، وكذا المسابقة بالخف صارت مستثناة من الحديث. وبما روي عن سعيد بن المسيب أنه قال: إنّ العضباء ناقةَ رسول الله ﷺ كانت تسبق كلما دفعت في سباق، فدفعت يوماً في إبل فسبقت فكانت على المسلمين كآبة إذ سبقت، فقال رسولُ الله ﷺ: «**إنَّ النّاس إذَا رَفَعوا شيئاً أَوْ أَرادوا رَفْعَ شيءٍ وضعَهُ الله**»[3] وكذا السبق بالقدم لما روت سيدتنا عائشة رضي الله عنها أنها قالت: سابقت النبـي عليه الصلاة والسلام فسبقته فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقلت: هذه بتلك، فصارت هذه الأنواع مستثناة من التحريم فبقي ما وراءها على أصل الحرمة، ولأن الاستثناء يحتمل أن يكون لمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد لأسباب الجهاد في الجملة فكانت لعباً صورة ورياضة وتعلم أسباب الجهاد فيكون جائزاً إذا استجمع شرائط الجواز ولئن كان لعباً لكن اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراماً، ولهذا استثنى ملاعبة الأهل لتعلق عاقبة حميدة بها

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٤٧٤) وأخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الجهاد باب في السبق (٢٥٦٤) والترمذي في «السنن» كتاب الجهاد باب ما جاء في الرهان (١٧٠٠) والنسائي في «السنن» كتاب الخيل باب السبق (٦/ ٢٢٦).
وأخرجه ابن ماجه في «السنن» كتاب الجهاد باب السبق والرهان (٢٨٧٨).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ١٤٤) وأبو داود في «السنن» كتاب الجهاد باب في الرمي (٢٥١٣) والترمذي في «السنن» كتاب فضائل الجهاد باب ما جاء في فضل الرمي (١٦٣٧).
والنسائي في «السنن» كتاب الخيل باب تأديب الرجل فرسه (٦/ ٢٢٢، ٢٢٣).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الجهاد باب الرمي في سبيل الله (٢٨١١).

(٣) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الجهاد باب ناقة النبـي ﷺ (٢٨٧٢).

وهو انبعاث الشهوة الداعية إلى الوطء الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة، وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه الأشياء فلم يكن في معنى المستثنى فبقي تحت المستثنى.

ومنها: أن يكون الخطر فيه من أحد الجانبين إلا إذا وجد فيه محللاً حتى لو كان الخطر من الجانبين جميعاً ولم يدخلا فيه محللاً لا يجوز لأنه في معنى القمار نحو أن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك علي كذا، وإن سبقتك فلي عليه كذا فقبل الآخر.

ولو قال أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك علي كذا، وإن سبقتك فلا شيء عليك فهو جائز، لأن الخطر إذا كان من أحد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريض على استعداد أسباب الجهاد في الجملة بمال نفسه وذلك مشروع كالتنفيل من الإمام بل أولى لأن هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل، والإمام بالتنفيل يتصرف فيما لغيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا بالجواز أولى.

وكذلك إذا كان الخطر من الجانبين ولكن أدخلا فيه محللاً بأن كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين منهم ولا خطر من الثالث بل إن سبق أخذ الخطر، وان لم يسبق لا يغرم شيئاً فهذا مما لا بأس به أيضاً، وكذلك ما يفعله السلاطين وهو أن يقول السلطان لرجلين: من سبق منكما فله كذا فهو جائز لما بينا أن ذلك من باب التحريض على استعداد أسباب الجهاد خصوصاً من السلطان فكانت ملحقة بأسباب الجهاد. ثم الإمام إذا حرض واحداً من الغزاة على الجهاد بأن قال: من دخل هذا الحصن أولاً فله من النفل كذا ونحوه جاز، كذا هذا، بل أولى لما بينا.

ومنها: أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق ويسبق من الأشياء الأربعة حتى لو كانت فيما يعلم أنه يسبق غالباً لا يجوز لأن معنى التحريض في هذه الصورة لا يتحقق فبقي الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثاً ولعباً والله تعالى أعلم.

كتاب الوديعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع: في بيان ركن العقد، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكم العقد، وفي بيان حال المعقود عليه، وفي بيان ما يوجب تغير حاله.

أما ركنه فهو الإيجاب والقبول وهو أن يقول لغيره: أودعتك هذا الشيء أو احفظ هذا الشيء لي أو خذ هذا الشيء وديعة عندك وما يجري مجراه ويقبله الآخر فإذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة.

فصل: وأما شرائط الركن فأنواع: منها عقل المودع فلا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية.

وأما بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة.

وعند الشافعي رحمه الله: لا يملك التجارة فلا يملك توابعها[1] على ما نذكر في كتاب المأذون، وكذا حريته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الإيداع لما قلنا في الصبي المأذون.

ومنها: عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ، وأما بلوغه فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون لأنه من أهل الحفظ. ألا ترى أنه أذن له الولي ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الإذن له سفهاً. وأما الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه لأنه لا يحفظ المال عادة، ألا ترى أنه منع منه ماله، ولو قبل الوديعة فاستهلكها فإن كانت الوديعة عبداً أو أمة يضمن بالإجماع، وإن كانت سواهما فإن قبلها بإذن الولي فكذلك وإن قبلها بغير إذنه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يضمن. وجه قوله: أن إيداعه لو صح فاستهلك الوديعة يوجب الضمان، وإن لم يصح جعل كأنه لم يكن فصار الحال بعد العقد كالحال قبله، ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان إذا كانت الوديعة عبداً أو أمة.

وجه قولهما: أن إيداع الصبي المحجور إهلاك للمال معنى، فكان فعل الصبي إهلاك مال قائم صورة لا معنى فلا يكون مضموناً عليه، ودلالة ما قلنا إنه لما وضع المال في يده فقد وضع في يد من لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعاً، ولا شك أنه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعاً لأن الصبي ليس من أهل وجوب

---

(١) انظر «مختصر المزني» ص ١٤٧ .

الشرائع عليه، والدليل على أنه لا يحفظ الوديعة عادة أنه منع عنه ماله، ولو كان يحفظ المال عادة لدفع إليه، قال الله تبارك وتعالى: ﴿فإنْ آنستم مِنْهُمْ رُشْدَاً فادْفَعُوا إليهم أَموالَهُم﴾[1] وبهذا فارق المأذون لأنه يحفظ المال عادة. ألا ترى أنه دفع إليه ماله ولو لم يوجد منه الحفظ عادة لكان الدفع إليه سفهاً، بخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً أو أمة، لأن هناك لا يجب عليه ضمان المال أيضاً، وإنما يجب عليه ضمان الدم، لأن الضمان الواجب بقتل العبد ضمان الآدمي لا ضمان المال، والعبد من حيث إنه آدمي قائم من كل وجه قبل الإيداع وبعده فهو الفرق وكذلك حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتى يصح القبول من العبد المأذون، ويترتب عليه أحكام العقد لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع على ما نذكر في كتاب المأذون.

وأما العبد المحجور فلا يصح منه القبول لأنه لا يحفظ المال عادة، ولو قبلها فاستهلكها فإن كانت عبداً أو أمة يؤمر المولى بالدفع أو الفداء، وإن كانت سواهما فإن قبلها بإذن وليه يضمن بالإجماع، وإن قبلها بغير إذن وليه لا يؤاخذ به في الحال عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال، والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور.

فصل: وأما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لأن الإيداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من أهل الالتزام فيلزمه لقوله عليه الصلاة والسلام: «**المسلمون عند شروطهم**». والكلام في الحفظ في موضعين: أحدهما فيما يحفظ به، والثاني فيما فيه يحفظ.

أما الأول فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقاً أو مقيداً، فإن كان مطلقاً فللمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله وهو الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته كائناً من كان، قريباً أو أجنبياً، من ولده وامرأته وخدمه وأجيره لا الذي استأجره بالدراهم والدنانير وبيد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه عادة كشريكه المفاوض والعنان وعبده المأذون وعبده المعزول عن بيته. هذا عندنا. وقال الشافعي رحمه الله: ليس له أن يحفظ إلا بيد نفسه إلا أن يستعين بغيره من غير أن يغيب عن عينه، حتى لو فعل يدخل في ضمانه.

وجه قوله: أن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الإيداع من غيره كما لا يملك الإيداع سائر الأجانب.

ولنا: أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ به مال نفسه، وإنه يحفظ مال نفسه بيده مرة وبيد هؤلاء أخرى فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً، فكان الحفظ بأيديهم داخلاً تحت العقد دلالة، وكذا له أن يرد الوديعة على أيديهم حتى لو هلكت قبل الوصول إلى المالك لا ضمان عليه لأن يدهم يد المودع معنى، فما دام المال في أيديهم كان محفوظاً بحفظه وليس له أن يدفع الوديعة إلى غيرهم إلا لعذر، حتى لو دفع تدخل في ضمانه لأن المالك ما رضي بيده، ألا يرى أنه لا يرضى مال نفسه بيده فإذا دفع فقد صار مخالفاً فتدخل الوديعة في ضمانه، إلا إذا كان عن عذر بأن وقع في داره حريق أو كان في السفينة فخاف الغرق فدفعه إلى غيره لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ فكان الدفع بإذن المالك دلالة فلا يضمن فلو أراد السفر فليس له أن يودع، لأن السفر ليس بعذر.

---

(١) سورة النساء، الآية: (٦).

ولو أودعها عند من ليس له أن يودعه فضاعت في يد الثاني فالضمان على الأول لا على الثاني عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد المالك بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني، فإن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني، وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول.

وجه قولهما: أنه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان. أما الأول فلأنه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه. وأما الثاني فلأنه قبض مال الغير بغير إذنه، وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فيخير المالك إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني، كمودع الغاصب مع الغاصب، غير أنه إن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني لأنه ملك الوديعة بأداء الضمان فتبين أنه أودع ماله نفسه إياه، فهذا مودع هلكت الوديعة في يده فلا شيء عليه، وإن ضمن الثاني يرجع بالضمان على الأول، لأن الأول غره بالإيداع فيلزمه ضمان الغرور كأنه كفل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد، إذ ضمان الغرور ضمان كفالة لما علم.

وجه قول أبي حنيفة: أن يد المودع الثاني ليست بيد مانعة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك فلا يصح أن يكون سبباً لوجوب الضمان لأنه من باب الإحسان إلى المالك، قال الله جل شأنه: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾[1] وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الأول أيضاً لأن الإيداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ له فكان محسناً فيه، إلا أنه صار مخصوصاً عن النص فبقي المودع الثاني على ظاهره.

ولو أودع غيره وادعى أنه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك إلا ببينة عند أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة رحمه الله. كذا ذكر الشيخ القدوري رحمه الله لأن الدفع إلى غيره سبب لوجوب الضمان في الأصل، فدعوى الضرورة دعوى أمر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق إلا بحجة هذا إذا هلكت الوديعة في يد المودع الثاني، فأما إذا استهلكها فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع. غير أنه إن ضمن الأول يرجع بالضمان على الثاني، وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه إعجازاً للمالك عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني على طريق الاستحفاظ دون الإعجاز، إلا أنه ألحق ذلك بالإعجاز شرعاً في حق اختيار التضمين صورة لأنه باشر سبب الإعجاز فكان الضمان في الحقيقة على الثاني لأن إقرار الضمان عليه. لذلك لم يرجع الأول على الثاني ولم يرجع الثاني على الأول، بخلاف مودع الغاصب إذا هلك المغصوب في يده إن المالك يتخير بين أن يضمن الغاصب أو يضمن المودع، فإن ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع، وإن ضمن المودع يرجع به على الغاصب، وقد تقدم الفرق.

وعلى هذا إذا أودع رجل من رجلين مالاً، فإن كان محتملاً للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لأنه لما أودعه من رجلين فقد استحفظهما جميعاً فلا بد وأن تكون الوديعة في حفظهما جميعاً ولا تتحقق إلا بالقسمة ليكون النصف في يد هذا والنصف في يد ذاك، والمحل محتمل للقسمة فيقتسمان نصفين.

ولو سلم أحدهما النصف إلى صاحبه فضاعت ضمن المسلم نصف الوديعة عند أبي حنيفة، وعند

(١) سورة التوبة، الآية: (٩١).

أبـي يوسف ومحمد: لا يضمن القابض شيئاً بالإجماع.

ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما أن يسلم الكل إلى صاحبه، وإذا فعل فضاعت لا ضمان عليه بالأجماع.

وجه قولهما: أن المالك لما استحفظهما فقد رضي بيد كل واحد منهما على كل الوديعة، كما إذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة.

وجه قول أبـي حنيفة: أن المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لا في كلها فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل، وهذا لما ذكرنا أنه لما استحفظهما جميعاً فلا بد أن يكون المال في حفظهما جميعاً، ولا يمكن أن يكون كله في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد أحدهما والنصف في يد الآخر، فإذا كان المحل محتملاً للقسمة لم يكن راضياً بكون الكل في يد أحدهما، فإذا فعل فقد خالفه فدخل في ضمانه، فإذا ضاع ضمن، بخلاف ما إذا لم يكن محتملاً للقسمة، لأنه إذا لم يحتمل تعذر أن يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضياً بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهايؤ فلم يصر مخالفاً بالدفع فهو الفرق. وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشراء إذا كان المرهون والمشترى مما يحتمل القسمة فسلمه أحدهما إلى صاحبه.

وأما الثاني: وهو الكلام فيما فيه تحفظ الوديعة فإن كان العقد مطلقاً فله أن يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحانوته وكيسه وصندوقه لأنه ما التزم حفظها إلا فيما يحفظ فيه مال نفسه، وليس له أن يحفظ في حرز غيره، لأن حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده أيضاً إلا إذا استأجر حرزاً لنفسه فله أن يحفظ فيه لأن الحرز في يده فما في الحرز يكون في يده أيضاً فكان حافظاً بيد نفسه فملك ذلك، وله أن يحفظ الحضر والسفر بأن يسافر بها عند أبـي حنيفة، سواء كان للوديعة حمل ومؤنة أو لم يكن وعند أبـي يوسف ومحمد إن كان لها حمل ومؤنة لا يملك المسافرة بها، وإن لم يكن يملك، وعند الشافعي رحمه الله: لا يملك كيف ما كان[1].

أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فوجه قوله: أن المسافرة بالوديعة تضييع المال لأن المفازة مضيعة، قال النبي عليه أفضل التحية: «**المسافرُ ومالُه على قَلَت إلا ما وقى اللّهُ**»[2] فكان التحويل إليهما تضييعاً فلا يملكه المودع.

---

(١) انظر «المجموع» (١٣/ ١١).

(٢) أي على هلاك. قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص»: رواه السلفي في أخبار أبـي العلاء المعري. .
قال الخليل: «القلت الهلاك. . . قلت: وكذا أسنده أبو منصور الديلمي في «مسند الفردوس» من هذا الوجه من غير طريق أبـي المعري.
وكذا ذكره أبو جعفر المعافي القاضي النهرواني في كتاب «الجليس والأنيس» له بعد أن ذكره مرفوعاً عن النبي ﷺ لكن لم يسق له إسناداً. . .
وقد أنكره النووي في «شرح المهذب» فقال: ليس هذا خبراً عن النبي ﷺ وإنما هو من كلام بعض السلف قيل: إنه علي بن أبـي طالب. قلت وذكره ابن قتيبة في غريب الحديث عن الأشجعي عن رجل من الأعراب. «التلخيص الحبير» (٣/ ٩٨)، وانظر «المجموع للنووي» (١٣/ ١٢).

ولنا: أن الأمر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين إلا بدليل، قوله المفازة مضيعة قلنا: ممنوع أو نقول: إذا كان الطريق مخوفاً. أما إذا كان أمناً فلا، والكلام فيما إذا كان الطريق أمناً، والحديث محمول على ابتداء الإسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة. ونحن به نقول.

وأما الكلام مع أصحابنا رضي الله عنهم فوجه قولهما: أن في المسافرة بماله حمل ومؤنة ضرراً بالمالك، لجواز أن يموت المودع في السفر فيحتاج إلى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك إلا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به، ولا كذلك إذا لم يكن لها حمل ومؤنة، ولأبي حنيفة على نحو ما ذكرنا مع الشافعي رحمه الله: أن الأمر بالحفظ لا يتعرض لمكان دون مكان؛ ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل. قولهما فيه ضرر.

قلنا: هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على أنه إن كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الأمر، ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له. هذا إذا كان العقد مطلقاً عن شرط في الفصلين جميعاً، فأما إذا شرط فيه شرطاً نظر فيه إن كان شرطاً يمكن اعتباره ويفيد اعتبر وإلا فلا.

بيان ذلك: إذا أمره بالحفظ وشرط عليه أن يمسكها بيده ليلاً ونهاراً ولا يضعها فالشرط باطل، حتى لو وضعها في بيته أو فيما يحرز فيه ما له عادة فضاعت لا ضمان عليه، لأن إمساك الوديعة بيده بحيث لا يضعها أصلاً غير مقدور له عادة فكان شرطاً لا يمكن مراعاته فيلغو. ولو أمره بالحفظ ونهاه أن يدفعها إلى امرأته أو عبده أو ولده الذي هو في عياله أو من يحفظ مال نفسه بيده عادة نظر فيه إن كان لا يجد بداً من الدفع إليه له أن يدفع لأنه إذا لم يجد بداً من الدفع إليه كان النهي عن الدفع إليه نهياً عن الحفظ فكان سفهاً فلا يصح نهيه، وإن كان يجد بداً من الدفع إليه ليس له أن يدفع.

ولو دفع يدخل في ضمانه لأنه إذا كان له منه يد في الدفع إليه أمكن اعتبار الشرط وهو مفيد، لأن الأيدي في الحفظ متفاوتة، والأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن.

ولو قال: لا تخرجها من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه، لأنه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد، لأن الحفظ في المصر أكمل من الحفظ في السفر إذ السفر موضع الخطر إلا إذا خاف التلف عليها فاضطر إلى الخروج بها فخرج لا تدخل في ضمانه، لأن الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما إذا وقع في داره حريق أو كان في سفينة فخاف الغرق فدفعها إلى غيره.

ولو قال له: احفظ الوديعة في دارك هذه فحفظها في دار له أخرى، فإن كانت الداران في الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل في ضمانه، لأن التقييد غير مفيد، وإن كانت الأولى أحرز من الثانية دخلت في ضمانه، لأن التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد.

وكذلك لو أمره أن يضعها في داره في هذه القرية ونهاه عن أن يضعها في داره في قرية أخرى فهو على هذا التفصيل.

ولو قال له: أخبئها في هذا البيت، وأشار إلى بيت معين في داره فخبأها في بيت آخر في تلك الدار لا

تدخل في ضمانه، لأن البيتين من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا يكون التعيين مفيداً حتى لو تفاوتا بأن كان الأول أحرز من الثاني تدخل في ضمانه.

والأصل المحفوظ في هذا الباب ما ذكرنا أن كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر، وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر، وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله تجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى إن المأمور بالحفظ في بيت معين لا يملك الحفظ في بيت آخر من دار واحدة.

وجه قوله: أن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الأصل إلا لضرورة ولم توجد وصار كالدارين، والجواب: نعم إذا تعلقت به عاقبة حميدة، فأما إذا خرج مخرج السفه والعبث فلا، لأن التعيين عند انعدام التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما إذا قال: احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ في هذه الزاوية من البيت ولا تحفظ في الزاوية الأخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتا في الحرز يصح بخلاف الدارين، والأصل في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيداً حتى لو لم يختلف، فالجواب فيها كالجواب في البيتين على ما مر.

فصل: وأما بيان حال الوديعة فحالها أنها في يد المودع أمانة، لأن المودع مؤتمن فكانت الوديعة أمانة في يده ويتعلق بكونها أمانة أحكام: منها وجوب الرد عند طلب المالك لقوله تعالى جل شأنه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأمركُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَماناتِ إِلى أَهلِها﴾[1] حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن.

هذا إذا كانت الوديعة لرجل واحد، فأما إذا كانت مشاعاً لرجلين فجاء أحدهما وطلب حصته لا يجب عليه الرد بأن أودع رجلان رجلاً وديعة دراهم أو دنانير أو ثياباً وغاب ثم جاءه أحدهما، وطلب بعضها وأبى المستودع ذلك لم يأمره القاضي بدفع شيء إليه ما لم يحضر الغائب عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم ذلك ويدفع إليه حصته ولا يكون ذلك قسمة جائزة على الغائب بلا خلاف حتى لو هلك الباقي في يد المودع ثم جاء الغائب له أن يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعاً.

ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جاء الغائب فليس للقابض أن يشارك صاحبه في الباقي.

وجه قولهما: أن الآخذ بأخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له ذلك من غير حضرة الغائب كما إذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فإنه يدفع إليه حصته لما قلنا كذا هذا.

وجه قول أبي حنيفة: أن المودع لو دفع شيئاً إلى الشريك الحاضر لا يخلو: إما أن يدفع إليه من النصيبين جميعاً، وإما أن يدفع إليه من نصيبه خاصة لا وجه إلى الأول، لأن دفع نصيب الغائب إليه ممتنع شرعاً ولا سبيل إلى الثاني، ولأن نصيبه شائع في كل الألف لكون الألف مشتركة بينهما ولا يتميز إلا بالقسمة والقسمة على الغائب غير جائزة، ولو سلمنا ذلك حتى قالا: إذا جاء الغائب وقد هلك الباقي له أن يشارك القابض في المقبوض، ولو نفذت القسمة لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة، والقياس على الدين المشترك غير سديد، لأن الغريم يدفع نصيب أحد الشركين بدفع مال نفسه لا مال شريكه الغائب وهنا

(١) سورة النساء، الآية: (٥٨).

يدفع مال الغائب بغير إذنه فلا يستقيم القياس، ولو كان في يده ألف درهم فجاءه رجلان وادعى كل واحد منهما أنه أودعه إياها، فقال المودع: أودعها أحدكما ولست أدري أيكما هو، فهذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين:

إما إن اصطلح المتداعيان على أن يأخذا الألف وتكون بينهما، وإما إن لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما أن الألف له خاصة لا لصاحبه، فإن اصطلحا على ذلك فلهما ذلك وليس للمودع أن يمتنع عن تسليم الألف إليهما لأنه أقر أن الألف لأحدهما، وإذا اصطلحا على أنها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك وليس لهما أن يستحلفا المودع بعد الصلح، وإن لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما أن الألف له لا يدفع إلى أحدهما شيئاً لجهالة المقر له بالوديعة ولكل واحد منهما أن يستحلف المودع، فإن استحلفه كل واحد منهما فالأمر لا يخلو إما أن يحلف لكل واحد منهما، وإما أن ينكل لكل واحد منهما، وإما أن يحلف لأحدهما وينكل للآخر، فإن حلف لهما فقد انقطعت خصومتهما للحال إلى وقت إقامة البينة كما في سائر الأحكام، وهل يملكان الاصطلاح على أخذ الألف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد على قولهما لا يملكان وعلى قول محمد يملكان. وهي مسألة الصلح بعد الحلف وقد مرت في كتاب الصلح.

وإن نكل لهما يقضى بالألف بينهما نصفين ويضمن ألفاً أخرى بينهما، فيحصل لكل واحد منهما ألف كاملة، لأن كل واحد منهما يدعي أن كل الألف له، فإذا نكل له، والنكول بذل أو إقرار، فكأنه بذل لكل واحد منهما ألفاً أو أقر لكل واحد منهما بألف فيقضى عليه بينهما بألف ويضمن أيضاً ألفاً أخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما ألف كاملة.

ولو حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى بالألف للذي نكل له ولا شيء للذي حلف له، لأن النكول حجة من نكل له لا حجة من حلف له.

ومنها: وجوب الأداء إلى المالك لأن الله أمر بأداء الأمانات إلى أهلها، وأهلها مالكها، حتى لو ردها إلى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها إلى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه، حتى لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فإن المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها في دار المعير، أو جاء بالدابة فأدخلها في إصطبله كان رداً صحيحاً، لأن ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح، إلا أنها صارت مخصوصة عن عموم الآيات فبقيت الوديعة على ظاهره، ولأن القياس في الموضعين ما ذكرنا من لزوم الرد إلى المالك، إلا أنا استحسنا في العارية للعادة الجارية فيها بردها إلى بيت المالك أو بدفعها إلى من في عياله، حتى لو كانت العارية شيئاً نفيساً كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الأشياء النفيسة ولم تجر به العادة في مال الوديعة فتبقى على أصل القياس، ولأن مبنى الإيداع على الستر والإغفاء عادة، فإن الإنسان إنما يودع مال غيره سراً عن الناس لما يتعلق به من المصلحة، فلو رده على غير المالك لانكشف، إذ السر إذا جاوز اثنين يفشو فيفوت المعنى المجعول له الإيداع، بخلاف العارية لأن مبناها على الإعلان والإظهار، لأنها شرعت لحاجة المستعير إلى استعمالها في حوائجه، ولا يمكنه الاستعمال سراً عن الناس عادة، والرد إلى غير المالك لا يفوت ما شرع له العارية فهو الفرق.

ومنها: أنه إذا ضاعت في يد المودع بغير صنعه لا يضمن، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَيْسَ على المستعيرِ غير المغلِّ الضمان ولا على المستودَعِ غير المُغلِّ الضّمان»[1] ولأن يده يد المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك. وكذلك إذا دخلها نقص لأن النقصان هلاك بعض الوديعة، وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك البعض أولى.

ومنها: أن المودع مع المودع إذا اختلفا فقال المودع: هلكت أو قال: رددتها إليك وقال المالك: بل استهلكتها فالقول قول المودع، لأن المالك يدعي على الأمين أمراً عارضاً وهو التعدي والمودع مستصحب لحال الأمانة فكان متمسكاً بالأصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لأن التهمة قائمة فيستحلف دفعاً للتهمة وكذلك إذا قال المودع: استهلكت من غير أذني، وقال المودع: بل استهلكتها أنت أو غيرك بأمرك أن القول قول المودع لما قلنا.

ولو قال: إنها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك: بل كنت رددتها إليك لكنني أوهمت لم يصدق وهو ضامن لأنه نفى الرد بدعوى الهلاك، ونفى الهلاك بدعوى الرد فصار نافياً ما أثبته مثبتاً ما نفاه، وهذا تناقض فلا تسمع منه دعوى الضياع والرد، لأن المناقض لا قول له، ولأنه لما ادعى دعوتين وأكذب نفسه في كل واحدة منهما فقد ذهبت أمانته فلا يقبل قوله.

فصل: وأما بيان ما يغير حال المعقود عليه من الأمانة إلى الضمان فأنواع: منها ترك الحفظ، لأنه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت يضمن بدلها، وذلك بطريق الكفالة، ولهذا لو رأى إنساناً يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد، وهو معنى قول مشايخنا إن المودع يؤخذ بضمان العقد.

ومنها: ترك الحفظ للمالك بأن خالفه في الوديعة، بأن كانت الوديعة ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو عبداً فاستعمله، أو أودعها من ليس في عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة، لأن الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فإذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك فدخلت في ضمانه.

وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهنداوي أنه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخارى وسأل عن هذه المسألة، وهذا خلاف إطلاق الكتاب فإنه قال: يبرأ عن الضمان، والبراءة عن الضمان بعد الدخول في الضمان تكون، وكذلك المودع مع المودع إذا اختلفا فقال المودع: هلكت الوديعة أو رددتها إليك. وقال المالك: استهلكتها. إن كانت قبل الخلاف فالقول قول المودع، وإن كان بعده فالقول قول المالك، ونحو ذلك مما يدل على دخول الوديعة في ضمانه بالخلاف، وإن خالف في الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر والشافعي لا يبرأ عن الضمان.

وجه قولهما: أن الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود إلا بالتجديد

---

(١) أخرجه الدارقطني في «السنن» كتاب البيوع (٣/ ٤١).
وقال: عمرو بن عبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع.
والبيهقي في «السنن الكبرى» عن شريح وقال هذا هو المحفوظ عن شريح القاضي من قوله (٦/ ٩١، ٢٨٩).

ولم يوجد. فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها. وكذلك المستعير والمستأجر إذا خالفا ثم عادا إلى الوفاق لا يبرآن عن الضمان لما قلنا. كذا هذا.

ولنا: أنه بعد الخلاف مودع والمودع إذا هلكت الوديعة من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف.

ودلالة أنه بعد الخلاف مودع أن المودع من يحفظ مال غيره له بأمره، وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ مال المالك له بأمره، لأن الأمر تناول ما بعد الخلاف.

قوله: الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد. قلنا: معنى الدخول في ضمان المودع أنه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفاً وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حالة الخلاف لكن هذا لم يوجب ارتفاع العقد، أليس أن من وكل إنساناً ببيع عبده بألفي درهم فباعه بألف وسلمه إلى المشتري دخل العبد في ضمانه لانعقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير إلى غيره من غير إذنه ومع ذلك بقي العقد، حتى لو أخذه كان له بيعه بألفين، كذا هذا.

على أنا إن سلمنا أن العقد انفسخ لكن في قدر ما فات وحكمه من حقه وهو الحفظ الملتزم للمالك في زمان الخلاف لا فيما بقي في المستقبل، كما إذا استحفظه بأجر كل شهر بكذا وترك الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في الباقي بقي العقد في الباقي يستحق الأجرة بقدره، والجامع بينهما أن الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر إلا في قدر الفائت، بخلاف الإجارة والإعارة، لأن الإجارة تمليك المنفعة، وهي تمليك منافع مقدرة بالمكان أو الزمان فإذا بلغ المكان المذكور فقد انتهى العقد لانتهاء حكمه فلا يعود إلا بالتجديد، وكذا الإعارة لأنها تمليك المنفعة عندنا، إلا أنها تمليك المنفعة بغير عوض والإجارة تمليك المنفعة بعوض.

وأما حكم عقد الوديعة: فلزوم الحفظ للمالك مطلقاً أو شهراً أو زمان ما بعد الخلاف داخل في المطلق والوقت فلا ينقضي بالخلاف بل يتقرر فهو الفرق. ومنها جحود الوديعة في وجه المالك عند طلبه، حتى لو قامت البينة على الإيداع أو نكل المودع عن اليمين أو أقر به دخلت في ضمانه، لأن العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود أو عنده لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ، والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقي مال الغير في يده بغير إذنه فيكون مضموناً عليه فإذا هلك تقرر الضمان.

ولو جحد الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو قبل الجحود أو مطلقاً، فإن أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو مطلقاً لا ينتفع ببينته لأن العقد ارتفع بالجحود أو عنده فدخلت العين في ضمانه. والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لا أن يسقطه.

وإن أقام البينة على أنها هلكت قبل الجحود تسمع بينته ولا ضمان عليه، لأن الهلاك قبل الجحود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحود فلا يرتفع بالجحود، فظهر أن الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن.

ولو ادعى الهلاك قبل الجحود ولا بينة له وطلب اليمين من المودع حلفه القاضي بالله تعالى ما لم يعلم أنها هلكت قبل جحوده؟ لأنه الأصل في باب الاستحلاف أن الذي يستحلف عليه لو كان أمراً لو أقر به الحالف للزمه. فإذا أنكر يستحلف وهنا كذلك لأن المالك لو أقر بالهلاك قبل الجحود لقبل منه ويسقط الضمان عن المودع، فإذا أنكر يستحلف لكن على العلم، لأنه يستحلف على فعل غيره.

هذا إذا جحد حال حضرة المالك فإن جحد عند غير المالك حال غيبته قال أبو يوسف: لا يضمن، وقال زفر رحمه الله: يضمن في الحالين جميعاً.

وجه قول زفر: أن ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة والغيبة كسائر الأسباب.

وجه قول أبي يوسف: أن الجحود سبب للضمان من حيث إنه يرفع العقد بالعزل على ما بينا، ولا يصح العزل حالة الغيبة فلا يرتفع العقد، ولأن الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفاً وعادة لأن مبنى الإيداع على الستر والإخفاء فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظاً معنى فكيف يكون سبباً لوجوب الضمان؟.

ومنها: الإتلاف حقيقة أو معنى وهو إعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة، لأن إتلاف مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان، حتى لو طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم إليه حتى هلكت يضمن، لأنه لما حبسها عنه عجز عن الانتفاع بها للحال فدخلت في ضمانه، فإذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان.

ولو أمر غيره بالإتلاف وادعى أنه كان بإذن المالك لا يصدق إلا ببينة، لأن الإتلاف سبب لوجوب الضمان في الأصل، وقوله كان بإذن المالك دعوى أمر عارض فلا تقبل إلا بحجة. وكذلك المودع إذا خلط الوديعة بماله خلطاً لا يتميز يضمن، لأنه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالك من الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه إتلاف فيضمن ويصير ملكاً بالضمان، وإن مات كان ذلك لجميع الغرماء والمودع أسوة الغرماء فيه، ولو اختلطت بماله بنفسها من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها. أما عدم وجوب الضمان فلانعدام الإتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته، وأما كونه شريكاً لصاحبها فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط الملكين.

ولو أودعه رجلان كل واحد منهما ألف درهم فخلط المودع المالين خلطاً لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد منهما ألفاً ويكون المخلوط له. وهذا قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: هما بالخيار إن شاءا اقتسما المخلوط نصفين وإن شاءا ضمنا المودع ألفين. وعلى هذا الخلاف سائر المكيلات والموزونات إذاخلطا الجنس بالجنس خلطاً لا يتميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن.

وجه قولهما: أن الوديعة قائمة بعينها، لكن عجز المالك عن الوصول إليها بعارض الخلط، فإن شاءا اقتسما لاعتبار جهة القيام وإن شاءا ضمنا لاعتبار جهة العجز. وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أنه لما خلطهما خلطاً لا يتميز فقد عجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان الخلط منه إتلاف الوديعة عن

كل واحد منهما فيضمن، ولهذا يثبت اختيار التضمين عندهما، واختيار التضمين لا يثبت إلا بوجود الإتلاف. دل أن الخلط منه وقع إتلافاً.

ولو أودعه رجل حنطة وآخر شعيراً فخلطهما فهو ضامن لكل واحد منهما مثل حقه عند أبي حنيفة، لأن الخلط إتلاف، وعندهما لهما أن يأخذا العين ويبيعاها ويقتسما الثمن على قيمة الحنطة مخلوطاً بالشعير، وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة، لأن قيمة الحنطة تنقص بخلط الشعير، وهو يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو مستحق العين بخلاف قيمة الشعير، لأن قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير، ولو أنفق المودع بعض الوديعة ضمن قدر ما أنفق ولا يضمن الباقي لأنه لم يوجد منه إلا إتلاف قدر ما أنفق، ولو رد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود إتلاف الكل منه، النصف بالإتلاف والنصف الباقي بالخلط لكون الخلط إتلافاً على ما بينا.

ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها فلم ينفقها ثم ردها إلى موضعها بعد أيام فضاعت لا ضمان عليه عندنا. وعند الشافعي رحمه الله يضمن. وجه قوله: أنه أخذها على وجه التعدي فيضمن كما لو انتفع بها.

ولنا: أن نفس الأخذ ليس بإتلاف، ونية الإتلاف ليس بإتلاف فلا توجب الضمان. والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إنَّ اللَّهَ تباركَ وتَعالى عَزَّ شأنُهُ عَفَا عَنْ أمتي ما حدَّثت بِهِ أنفسها مَا لَمْ يتكلموا أَوْ يَفْعَلُوا**»[1] ظاهر الحديث يقتضي أن يكون ما حدثت به النفس عفواً على العموم إلا ما خص بدليل.

وعلى هذا الخلاف إذا أودعه كيساً مسدوداً فحله المستودع، أو صندوقاً مقفلاً ففتح القفل ولم يأخذ منه شيئاً حتى ضاع أو مات المودع، فإن كانت الوديعة قائمة بعينها ترد على صاحبها، لأن هذا عين ماله. «**وَمَنْ وَجَدَ عينَ مَالِهِ فَهو أَحقُّ بِهِ**»[2] على لسان رسول الله ﷺ. وإن كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاص الغرماء لأنه لما مات مجهلاً للوديعة فقد أتلفها معنى لخروجها من أن تكون منتفعاً به في حق المال بالتجهيل وهو تفسير الإتلاف.

ولو قالت الورثة: إنها هلكت أو ردت على المالك لا يصدقون على ذلك لأن الموت مجهلاً سبب لوجوب الضمان لكونه إتلافاً، فكان دعوى الهلاك والرد دعوى أمر عارض فلا يقبل إلا بحجة ويحاص المودع الغرماء لأنه دين الاستهلاك على ما ذكرنا فيساوي دين الصحة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٥٥، ٣٩٣، ٤٢٥، ٤٧٤، ٤٨١، ٤٩١).
والبخاري في «صحيحه» كتاب العتق باب الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق ونحوه رقم (٢٥٢٨).
وفي كتاب الأيمان باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر (٦٦٦٤) وفي كتاب النكاح باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران (٥٢٦٩).
وأبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب في الوسوسة بالطلاق (٢٢٠٩).
والترمذي في «السنن» باب فيما جاء فيمن يحدث نفسه بطلاق امرأته (١١٨٣).
والنسائي في «السنن» كتاب الطلاق باب من طلق في نفسه (٦/ ١٥٦، ١٥٧).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الطلاق باب طلاق المكره والناسي (٢٠٤٤).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٢٩٨).

(٢) تقدم.

كتاب العارية

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع: في بيان ركن العارية، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حكم العقد، وفي بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه، وفي بيان صفة الحكم، وفي بيان حال المستعار، وفي بيان ما يوجب تغير حاله، أما ركنها فهو الإيجاب من المعير، وأما القبول من المستعير فليس بركن عند أصحابنا الثلاثة استحساناً.

والقياس أن يكون ركناً، وهو قول زفر كما في الهبة حتى إن من حلف لا يعير فلاناً فأعاره ولم يقبل يحنث كما إذا حلف لا يهب فلاناً شيئاً فوهبه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة. والإيجاب هو أن يقول: أعرتك هذا الشيء أو منحتك هذا الثوب أو هذه الدار أو أطعمتك هذه الأرض أو هذه الأرض لك طعمة أو أخدمتك هذا العبد أو هذا العبد لك خدمة أو حملتك على هذه الدابة إذا لم ينو به الهبة أو داري لك سكنى أو داري لك عمرى سكنى، أما لفظ الإعارة فصريح في بابها، وأما المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الإنسان بها زماناً ثم يردها على صاحبها وهو معنى العارية.

قال النبـي عليه السلام: «**المِنْحَةُ مَردودَةٌ**»[1] ومنحةُ الأرض زراعتها قال النبـي عليه الصلاة والسلام: «**ازرَعْهَا أو امنحهَا أخاك**»[2] وكذا الإطعام المضاف إلى الأرض هو إطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفاً وعادة وهو معنى العارية.

وأما إخدام العبد إياه فجعل خدمته بغير عوض وهو تفسير العارية، وكذا قوله داري لك سكنى أو عمرى سكنى هو جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فقد أتى بمعنى الإعارة.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٥/٢٦٧).
وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع والإجارات، باب في تضمين العارية (٣٥٦٥).
والترمذي في «السنن» كتاب البيوع باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٥).
وفي كتاب الوصايا باب ما جاء لا وصية لوارث (١٢٢٠).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الصدقات باب العارية (٢٣٩٨).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/٨٨).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/٣٠٢، ٣٠٤، ٢٩٢).
ومسلم في «الصحيح» كتاب البيوع باب كراء الأرض (١١٧٦).
والنسائي في «السنن» كتاب المزارعة باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض (٧/٣٦، ٣٧) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/١٢٩، ١٣٠، ١٣١).

وأما قوله: حملتك على هذه الدابة فإنه يحتمل الإعارة والهبة فأي ذلك نوى فهو على ما نوى لأنه نوى ما يحتمل لفظه، وعند الإطلاق ينصرف إلى العارية لأنها أدنى فكان الحمل عليها أولى، ولو قال: داري لك رقبى أو حبس فهو عارية عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف: هبة، وقوله رقبى أو حبس باطل وهي مسألة كتاب الهبة.

فصل: وأما الشرائط التي يصير الركن بها إعارة شرعاً فأنواع: منها العقل فلا تصح الإعارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل، وأما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى تصح الإعارة من الصبي المأذون لأنها من توابع التجارة وأنه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها، وعند الشافعي لا يملك، وهي مسألة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط فيملكها العبد المأذون لأنها من توابع التجارة فيملك بملك ذلك.

ومنها: القبض من المستعير، لأن الإعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة.

ومنها: أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع بدون استهلاكه فإن لم يكن لا تصح إعارته؛ لأن حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين إلا إذا كانت ملحقة بالمنفعة على ما نذكره في موضعه.

فصل: وأما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين:

أحدهما: في بيان أصل الحكم.

والثاني: في بيان صفته، أما الأول فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة عندنا، وعند الشافعي إباحة المنفعة حتى يملك المستعير الإعارة عندنا في الجملة كالمستأجر يملك الإجارة، وعنده لا يملكها أصلاً كالمباح له الطعام لا يملك الإباحة من غيره.

وجه قول الشافعي: دلالة الإجماع والمعقول: أما الإجماع فلجواز العقد من غير أجل، ولو كان تمليك المنفعة لما جاز من غير أجل كالإجارة، وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية، ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك كالمستأجر.

وأما المعقول: فهو أن القياس يأبى تمليك المنفعة لأن بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد، والمعدوم لا يحتمل البيع لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه، إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب الإجارة حكماً للضرورة، ولا ضرورة إلى الإعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم.

ولنا: أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها، والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكاً لا إباحة كما في الأعيان، وإنما صح من غير أجل، لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنازعة، والجهالة في باب العارية لا تفضي إلى المنازعة، لأنها عقد جائز غير لازم، ولهذا المعنى لا يملك الإجارة لأنها عقد لازم، الإعارة عقد غير لازم، فلو ملك الإجارة لكان فيه إثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل.

وقوله: المنافع منعدمة عند العقد. قلنا: نعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الإجارة، وهذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم إلا عند وجود

المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الإنسان.

وعلى هذا تخرج إعارة الدراهم والدنانير أنها تكون قرضاً لا إعارة، لأن الإعارة لما كانت تمليك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين ولا يمكن الانتفاع إلا باستهلاكها، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة ولا يمكن تصحيحاً إعارة حقيقية فتصحح قرضاً مجازاً لوجود معنى الإعارة فيه، حتى لو استعار حلياً ليتجمل به صح لأنه يمكن الانتفاع به من غير استهلاك بالتجمل فأمكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة إلى الحمل على المجاز وكذا إعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالمكيلات والموزونات يكون قرضاً لا إعارة لما ذكرنا أن محل حكم الإعارة المنفعة لا بالعين، إلا إذا كان ملحقاً بالمنفعة عرفاً وعادة، كما إذا منح إنساناً شاتاً أو ناقة لينتفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردها على صاحبها، لأن ذلك محدود من المنافع عرفاً وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روي عن النبي عليه الصلاة والسلام: **«هَل مِنْ أَحدٍ يمنحُ مِنْ إبله ناقةً أهل بيت لا درّ لَهُمْ»**[1]، وهذا يجري مجرى الترغيب كمن منح منحة ورق أو منحة لبس كان له بعدل رقبة.

وكذا لو منح جدياً أو عناقاً كان عارية لأنه يعرض أن ينتفع بلبنه وصوفه ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق:

جملة الكلام فيه: أن عقد الإعارة لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كان مطلقاً وإما إن كان مقيداً، فإن كان مطلقاً بأن أعار دابته إنساناً ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء، وله أن يركب أو يحمل لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقاً فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها. إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطيق بمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة، حتى لو فعل فعطبت يضمن، لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً، وله أن يعير العارية عندنا، سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أو لا، لأن إطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير فكان هو في التمليك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفاً في ملك نفسه، إلا أنه لا يملك الإجارة لما قلنا.

فإن آجر وسلم إلى المستأجر ضمن لأنه دفع مال الغير إليه بغير إذنه فصار غاصباً، فإن شاء ضمنه وإن شاء ضمن المستأجر لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب، إلا أنه إذا ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستأجر لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه آجر ملك نفسه.

وإن ضمن المستأجر فإن كان عالماً بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وإن لم يكن عالماً بذلك يرجع عليه، لأنه إذا لم يعلم به فقد صار مغروراً من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة. وإذا كان عالماً لم يصر مغروراً من جهته فلا يرجع عليه، وهل يملك الإيداع

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٤٢) والحميدي في «مسنده» (١٠٦١) ومسلم في **«الصحيح»** كتاب الزكاة باب فضل المنيحة (١٠١٩).

اختلف المشايخ فيه، قال مشايخ العراق: يملك، وهو قول بعض مشايخنا لأنه يملك الإعارة فالإيداع أولى لأنها دون الإعارة.

وقال بعضهم: لا يملك استدلالاً بمسألة مذكورة في الجامع الصغير، وهي أن المستعير إذا رد العارية على يد أجنبي ضمن، ومعلوم أن الرد على يده إيداع إياه. ولو ملك الإيداع لما ضمن، وإن كان مقيداً فيراعى فيه القيد ما أمكن. لأن أصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلغا الوصف، لأن ذلك يجري مجرى العبث ثم إنما يراعى القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل، لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقاً فيما وراءه فيراعى عند الإطلاق فيما وراءه.

بيان هذه الجملة في مسائل: إذا أعار إنساناً دابة على أن يركبها المستعير بنفسه ليس له أن يعيرها من غيره. وكذلك إذا أعاره ثوباً على أن يلبسه بنفسه لما ذكرنا أن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه إلا إذا تعذر اعتباره. واعتبار هذا القيد ممكن لأنه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثياب ركوباً ولبساً فلزم اعتبارالقيد فيه، فإن فعل حتى هلك ضمن لأنه خالف، وإن ركب بنفسه وأردف غيره فعطبت، فإن كانت الدابة مما تطيق حملهما جميعاً يضمن نصف قيمة الدابة لأنه لم يخالف إلا في قدر النصف، وإن كانت الدابة مما لا تطيق حملهما ضمن جميع قيمتها لأنه استهلكها.

ولو أعاره داراً ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره لأن المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقييد بسكناه مفيداً فيلغو، إلا إذا كان الذي يسكنها إياه حداداً أو قصاراً ونحوهما ممن يوهن عليه البناء فليس له أن يسكنها إياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك لأن المعير لا يرضى به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كمافي الإجارة.

ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، لأن الحنطة أثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيداً فيعتبر، ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو دخناً أو أرزاً أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحساناً، والقياس أن لا يكون له ذلك حتى إنها لو عطبت لا يضمن استحساناً، والقياس وأن يضمن، وهو قول زفر لأنه خالف.

وجواب الاستحسان: أن هذا وإن كان خلافاً صورة فليس بخلاف معنى، لأن المالك يكون راضياً به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيداً وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره فإنه لا يكون مخالفاً حتى لا يضمن. كذا هذا.

ولو قال: على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو آجراً فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فعطبت نظر في ذلك. فإن كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها، لأن حمل ما لا تطيق الدابة إتلاف للدابة، وإن كانت الدابة مما تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال: على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما فعطبت يضمن جزأ من أحد عشر جزأ من قيمتها لأنه لم يتلف منها إلا هذا القدر، ولو قيدها بالمكان

بأن قال: على أن تستعملها في مكان كذا في المصر يتقيد به وله أن يستعملها في أي وقت شاء بأي شيء شاء لأن التقييد لم يوجد إلا بالمكان فبقي مطلقاً فيما وراءه لكنه لا يملك أن يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضمانه، ولو أعادها إلى المكان المأذون لا يبرأ عن الضمان حتى لو هلكت من قبل التسليم إلى المالك يضمن، وهذا قول أبي حنيفة عليه الرحمة الآخر، وكان يقول: أولاً يبرأ عن الضمان كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ثم رجع.

ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب «**الوديعة**»، وكذلك لو قيدها بالزمان بأن قال: على أن يستعملها يوماً يبقى مطلقاً فيما وراءه لكنه يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردها على المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا، وكذلك لو قيدها بالحمل.

وكذلك لو قيدها بالاستعمال بأن قال: على أن يستعملها حتى لو أمسكها ولم يستعملها حتى هلكت يضمن، لأن الإمساك منه خلاف فيوجب الضمان، ولو اختلف المعير أو المستعير في الأيام أو المكان أو فيما يحمل عليها فالقول قول المعير، لأن المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين قوله لكن مع اليمين دفعاً للتهمة.

فصل: وأما صفة الحكم فهي أن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم، لأنه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازماً كالملك الثابت بالهبة فكان للمعير أن يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتاً.

وعلى هذا إذا استعار من آخر أرضاً ليبني عليها أو ليغرس فيها ثم بدا للمالك أن يخرجه فله ذلك، سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة لما قلنا، غير أنها إن كانت مطلقة له أن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء، لأن في الترك ضرراً بالمعير لأنه لا نهاية له، وإذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء لأنه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث أطلق العقد ولم يوقت فيه وقتاً فأخرجه قبل الوقت بل هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الأبد، وإن كانت موقتة فأخرجه قبل الوقت لم يكن له أن يخرجه ولا يجبر على النقض والقلع، والمستعير بالخيار إن شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه وبنائه قائماً سليماً وترك ذلك عليه. لأنه لما وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلاً عنه فيما يلزمه من العهدة، إذ ضمان الغرور كفالة، فكان له أن يرجع عليه بالضمان ويملك صاحب الأرض البناء والغرس بأداء الضمان، لأن هذا حكم المضمونات أنها تملك بأداء الضمان. وإن شاء أخذ غرسه وبناءه ولا شيء على صاحب الأرض. ثم إنما يثبت خيار القلع والنقض للمستعير إذا لم يكن القلع أو النقض مضراً بالأرض فإن كان مضراً بها فالخيار للمالك لأن الأرض أصل والبناء والغرس تابع لها فكان الملك صاحب أصل والمستعير صاحب تبع فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أولى، إن شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة، وإن شاء رضي بالقلع والنقض.

هذا إذا استعار أرضاً للغرس أو البناء، فأما إذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم أراد صاحب الأرض أن يأخذها لم يكن له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده إلى وقت الحصاد بأجر المثل استحساناً في القياس أن يكون له ذلك كما في البناء والغرس.

ووجه الفرق للاستحسان أن النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الإمكان، وذلك ممكن في الزرع، لأن إدراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين، جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك إلى وقت الحصاد بالأجر، ولا يمكن في الغرس والبناء، لأنه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الأصل أولى.

وقالوا في باب الإجارة: إذا انقضت المدة والزرع بقل لم يستحصد أنه يترك في يد المستأجر إلى وقت الحصاد بأجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لأن الترك للنظر والغاصب جان فلا يستحق النظر بل يجبر على القلع.

فصل: وأما بيان حال المستعار فحاله أنه أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالإجماع، فأما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا، وعند الشافعي رحمه الله مضمون، واحتج بما روي أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان درعاً يوم حنين، فقال صفوان: أغصباً يا محمد؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «**بل عارية مَضْمُونَةٌ**»[1] ولأن العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب. وهذا لأن العين اسم للصورة والمعنى، وبالهلاك أن عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد المعنى، لأن قيمة الشيء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في الغصب، ولأنه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء.

ولنا: أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والإجارة، وإنما قلنا ذلك لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله، وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض، وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان.

أما العقد فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تمليكاً أو إباحة على اختلاف الأصلين. وأما القبض فلوجهين:

أحدهما: أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فبالأذن أولى، وهذا لأن قبض مال الغير بغير إذنه هو إثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك، وهذا إحسان في حق المالك. قال الله تبارك وتعالى جل شأنه: ﴿**هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إلا الإِحسَانُ**﴾[2] وقال تبارك وتعالى: ﴿**ما عَلَى المحسنينَ مِنْ سَبيلٍ**﴾[3] دل أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فمع الإذن أولى.

الثاني: أن القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لأنه لا يفوت يد المالك ولا ضمان إلا على المتعدي، قال الله تبارك وتعالى: ﴿**ولا عُدوانَ إلاّ على الظّالمينَ**﴾[4] بخلاف قبض الغضب.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٤٠١، ٦/ ٤٦٥)، وأبو داود في «السنن» كتاب البيوع باب في تضمين العارية رقم (٣٥٦٢). والحاكم في «المستدرك» كتاب البيوع باب أدّ الأمانة (٢/ ٤٧). والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٨٩) كتاب العارية باب العارية مضمونة.

(٢) سورة الرحمن، الآية: (٦٠).

(٣) سورة التوبة، الآية: (٩١).

(٤) سورة البقرة، الآية: (١٩٣).

وأماالاستدلال بضمان الرد قلنا أن وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد القيمة حال هلالكها، وقوله قيمتها معناها، قلنا ممنوع، وهذا لأن القيمة هي الدراهم والدنانير، والدراهم والدنانير عين أخرى لها صورة ومعنى غير العين الأولى، فالعجز عن رد أحد العينين لم يوجب رد العين الأخرى. وفي باب الغصب لا يجب عليه ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق آخر وهو إتلاف المغصوب معنى لما علم وهنا لم يوجد. حتى ولو وجد يجب الضمان، ثم نقول إنما وجب عليه ضمان الرد لأن العقد متى انتهى بانتهاء المدة أو بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه، وعندنا إذا هلكت في تلك الحالة ضمن.

وأما قوله: قبض مال الغير لنفسه فنعم، لكن قبض مال الغير لنفسه بغير إذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا فمع الإذن أولى.

والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة لما علم، ولا حجة له في حديث صفوان لأن الرواية قد اختلفت، فقد روي أنه هَرَبَ من رسول الله ﷺ فأرسل إليه فأمَّنَهُ، وكان رسولُ الله ﷺ يريد حنيناً، فقال: «**هَلْ عندك شيء من السلاح**»؟ فقال: عاريةً أو غصباً؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «عَارية»[1] فأعاره ولم يذكر فيه الضمان. والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت إلا إحداهما فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج، مع ما أنه إن ثبت فيحتمل ضمان الرد وبه نقول فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال، يؤيد ما قلنا ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**العاريةُ مؤداةٌ**».

فصل: وأما بيان ما يوجب تغير حالها فالذي يغير حال المستعار من الأمانة إلى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الإتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب أو بعد انقضاء المدة وبترك الحفظ وبالخلاف، حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن لأنه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله عليه الصلاة والسلام: «**العارية مؤدَّاة**»[2] وقوله عليه الصلاة والسلام: «**على اليد ما أَخَذَتْ حتّى تردَّه**»[3] ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب فصارت العين في يده كالمغصوب، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه.

ولو رد العارية مع عبده أو ابنه أو بعض من في عياله أو مع عبد المعير، أو ردها بنفسه إلى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحساناً، والقياس أن يضمن كما في الوديعة، وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب «الوديعة»، وكذا إذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا إذا خالف، إلا أن في باب الوديعة إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم وهنا لا يبرأ، وقد تقدم الفرق في كتاب «**الوديعة**».

---

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/٤٧) بلفظ: «قال: عارية مؤداة» دون ذكر الضمان.
وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. وأقره الذهبي.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.

ولو تصرف المستعير وادعى أن المالك قد أذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم المستعير على ذلك بينة، لأن التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الأصل فدعوى الإذن منه دعوى أمر عارض فلا تسمع إلا بدليل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الوقف والصدقة

أما الوقف فالكلام فيه في مواضع: في بيان جواز الوقف وكيفيته، وفي بيان شرائط الجواز، وفي بيان حكم الوقف الجائز وما يتصل به.

أما الأول فنقول وبالله التوفيق: لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصدق بالفرع ما دام الواقف حياً، حتى إن من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة، ولا خلاف أيضاً في جوازه في حق زوال ملك الرقبة إذا اتصل به قضاء القاضي أو أضافه إلى ما بعد الموت بأن قال: إذا مت فقد جعلت داري أو أرضي وقفاً على كذا. أو قال: هو وقف في حياتي صدقه بعد وفاتي. واختلفوا في جوازه مزيلاً لملك الرقبة إذا لم توجد الإضافة إلى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم.

قال أبو حنيفة عليه الرحمة: لا يجوز، حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته وإذا مات يصير ميراثاً لورثته.

وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء رضي الله تعالى عنهم: يجوز، حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث.

ثم في ظاهر الرواية عن أبـي حنيفة لا فرق بين ما إذا وقف في حالة الصحة وبين ما إذا وقف في حالة المرض، حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعاً إذا لم توجد الإضافة ولا حكم الحاكم. وروى الطحاوي عنه أنه إذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد وفاته. وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض.

وعلى هذا الخلاف إذا بنى رباطاً أو خاناً للمجتازين أو سقاية للمسلمين أو جعل أرضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الأشياء عن ملكه عند أبـي حنيفة إلا إذا أضافه إلى ما بعد الموت أو حكم به حاكم، وعندهما يزول بدون ذلك، لكن عند أبي يوسف بنفس القول، وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان وسقاية الناس من السقاية والدفن في المقبرة.

وأجمعوا على أن من جعل داره أو أرضه مسجداً يجوز وتزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وإفرازه والإذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند أبـي حنيفة ومحمد حتى كان له أن يرجع قبل ذلك، وعند أبـي يوسف تزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجداً وليس له أن يرجع عنه على ما نذكره.

وجه قول العامة الاقتداء برسول الله ﷺ والخلفاء الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم

أجمعين فإنه روي أن رسول الله ﷺ وقف ووقف سيدنا أبو بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وغيرهم رضي الله عنهم وأكثر الصحابة وقفوا، ولأن الوقف ليس إلا إزالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالى خالصاً فأشبه الإعتاق وجعل الأرض أو الدار مسجداً.

والدليل عليه أنه يصح مضافاً إلى ما بعد الموت فيصح منجزاً، وكذا لم اتصل به قضاء القاضي يجوز وغير الجائز لا يحتمل الجواز لقضاء القاضي.

ولأبي حنيفة عليه الرحمة ما روى عن عبدالله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لما نزلت سورة النساء، وفرضت فيها الفرائض، قال رسول الله ﷺ: «**لا حَبْسَ عَنْ فَرَائضِ اللَّه تعالى**»[1] أي لا مال يحبس بعدم موت صاحبه عن القسمة بين ورثته، والوقف حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه فكان منفياً شرعاً.

وعن شريح أنه قال: جاء محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه يجوز بيع الموقوف، لأن الحبيس هو الموقوف فعيل بمعنى المفعول إذ الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوساً فيجوز بيعه، وبه تبين أن الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف.

وأما وقف رسول الله ﷺ فإنما جاز، لأن المانع من وقوعه حبساً عن فرائض الله عز وجل ودفعه ﷺ لم يقع حبساً عن فرائض الله تعالى لقوله ﷺ: «**إنَّا مَعَاشِرَ الأَنْبِياء لا نُورث ما تَرَكنا صدقة**»[2].

وأما أوقاف الصحابة رضي الله عنهم فما كان منها في زمن رسول الله ﷺ احتمل أنها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبساً عن فرائض الله تعالى وما كان بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوها بالإجازة، وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه وإنما جاز مضافاً إلى ما بعد الموت، لأنه لما أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل على جوازه لا بطريق الوصية.

ألا ترى لو أوصى بثلث ماله للفقراء جاز، ولو تصدق بثلث ماله على الفقراء لا يجوز.

وأما إذا حكم به حاكم فإنما جاز، لأن حكمه صادف محل الاجتهاد وأفضى اجتهاده إليه وقضاء القاضي في موضع الاجتهاد بما أفضى إليه اجتهاده جائز كما في سائر المجتهدات.

فصل: وأما شرائط الجواز فأنواع: بعضها يرجع إلى الواقف، وبعضها يرجع إلى نفس الوقف، وبعضها يرجع الموقوف، أما الذي يرجع إلى الواقف فأنواع منها العقل، ومنها البلوغ فلا يصح الوقف من

---

(١) أخرجه الدارقطني في «السنن» (٤/ ٦٨) كتاب الفرائض والطبراني عن عبيد بن فضالة «المجمع» (٣/ ١٢٩) في «الكبير».

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٩٩٣) كتاب الكلام باب ما جاء في تركة النبي ﷺ وأحمد في «المسند» (٦/ ١٤٥، ٢٦٢).
والبخاري في «الصحيح» كتاب الفرائض باب قول النبي ﷺ: «لا نورث ما تركنا صدقة» (٦٧٣٠). وكتاب المغازي باب حديث بني النضير (٤٠٣٤).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الجهاد باب قول النبي ﷺ: «لا نورث ما تركنا صدقة» (١٧٥٨).
وأبو داود في «السنن» كتاب الخراج والإمارة باب في صفايا رسول الله ﷺ من الأموال (٢٩٧٦).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٣٠٢).
وعبد الرزاق في «المصنف» (٩٧٧٣).

الصبـي والمجنون، لأن الوقف من التصرفات الضارة لكونه إزالة الملك بغير عوض، والصبـي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة، ولهذا لا تصح منهما الهبة والصدقة والإعتاق ونحو ذلك.

ومنها: الحرية فلا يملكه العبد لأنه إزالة الملك والعبد ليس من أهل الملك وسواء كان مأذوناً أو محجوراً لأن هذا ليس من باب التجارة ولا من ضرورات التجارة فلا يملكه المأذون كما لا يملك الصدقة والهبة والإعتاق. ومنها أن يخرجه الواقف من يده ويجعل له قيماً ويسلمه إليه عند أبـي حنيفة ومحمد، وعند أبـي يوسف هذا ليس بشرط. واحتج بما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولى أمر وقفه بنفسه وكان في يده.

وروي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه كان يفعل كذلك، ولأن هذا إزالة الملك لا إلى أحد فلا يشترط فيه التسليم كالإعتاق.

ولهما: أن الوقف إخراج المال عن الملك على وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كسائر التصرفات.

وأما وقف سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما فاحتمل أنهما أخرجاه عن أيديهما وسلماه إلى المتولي بعد ذلك فصح، كمن وهب من آخر شيئاً أو تصدق أو لم يسلم إليه وقت الصدقة والهبة ثم سلم صح التسليم. كذا هذا. ثم التسليم في الوقف عندهما أن يجعل له قيماً ويسلمه إليه، وفي المسجد أن يصلي فيه جماعة بأذان وإقامة بإذنه، كذا ذكر القاضي في شرح الطحاوي.

وذكر القدوري رحمه الله في شرحه أنه إذا أذن للناس بالصلاة فيه فصلى واحد كان تسليماً ويزول ملكه عند أبـي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهل يشترط أن لا يشرط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيئاً؟ عند أبـي يوسف ليس بشرط، وعند محمد شرط.

وجه قول محمد: أن هذا إخراج المال إلى الله تعالى وجعله خالصاً له وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الإخلاص فيمنع جواز الوقف، كما إذا جعل أرضه أو داره مسجداً وشرط من منافع ذلك لنفسه شيئاً، وكما لو أعتق عبده وشرط خدمته لنفسه، ولأبـي يوسف: ما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه وقف وشرط في وقفه لا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف، وكان يلي أمر وقفه بنفسه.

وعن أبـي يوسف رحمه الله: أن الواقف إذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه إلى ما هو أفضل منه يجوز، لأن شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف، ألا ترى أنه يباع باب المسجد إذا خلق وشجر الوقف إذا يبس، ومنها أن يجعل آخره بجهة لا تنقطع أبداً عند أبـي حنيفة ومحمد، فإن لم يذكر ذلك لم يصح عندهما، وعند أبـي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح، وإن سمى جهة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وإن لم يسمهم.

وجه قول أبـي يوسف: أنه ثبت الوقف عن رسول الله ﷺ وعن الصحابة ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكراً وتسمية، ولأن قصد الواقف أن يكون آخره للفقراء وإن لم يسمهم هو في الظاهر من حاله، فكان تسمية هذا الشرط ثابتاً دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصاً، ولهما: أن التأبيد شرط جواز الوقف لما نذكر وتسمية جهة تنقطع توقيت له معنى فيمنع الجواز.

وأما الذي يرجع إلى نفس الوقف فهو التأبيد، وهو أن يكون مؤبداً حتى لو وقت لم يجز لأنه إزالة الملك لا إلى أحد فلا تحتمل التوقيت كالإعتاق وجعل الدار مسجداً.

فصل: وأما الذي يرجع إلى الموقوف فأنواع:

منها: أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصوداً لما ذكرنا أن التأبيد شرط جوازه ووقف المنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصوداً إلا إذا كان تبعاً للعقار بأن وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده فيجوز، كذا قاله أبو يوسف.

وجوازه تبعاً لغيره لا يدل على جوازه مقصوداً، كبيع الشرب ومسيل الماء والطريق أنه لا يجوز مقصوداً ويجوز تبعاً للأرض والدار، وإن كان شيئاً جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف المرجل لتسخين الماء ووقف الجنازة وثيابها.

ولو وقف أشجاراً قائمة فالقياس أن لا يجوز لأنه وقف المنقول، وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى عند أبي حنيفة لأنه منقول وما جرت العادة به، وعند أبي يوسف ومحمد يجوز، ويجوز عندهما بيع ما هرم منها أو صار بحال لا ينتفع به فيباع ويرد ثمنه في مثله، كأنهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص، وهو ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**أما خالد فقد احتبس أكراعاً وأفراساً في سبيل الله تعالى**»[1] ولا حجة لهما في الحديث لأنه ليس فيه أنه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه، أي أمسكه للجهاد لا للتجارة.

وأما وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة، وأما على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه، وحكي عن نصر بن يحيى أنه وقف على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة. ومنها أن يكون الموقوف مقسوماً عند محمد فلا يجوز وقف المشاع، وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقسوماً كان أو مشاعاً، لأن التسليم شرط الجواز عند محمد، والشيوع يخل بالقبض والتسليم، وعند أبي يوسف التسليم ليس بشرط أصلاً فلا يكون الخلل فيه مانعاً، وقد روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه ملك مائة سهم بخيبر، فقال له رسول الله ﷺ: «**احبس أصلها**»[2] فدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف. وجواب محمد رحمه الله

---

(١) أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الزكاة باب قوله تعالى: ﴿**وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله**﴾ (١٤٦٨).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الزكاة باب في تقديم الزكاة ومنعها (٩٨٣).
وأبو داود في «السنن» كتاب الزكاة باب تعجيل الزكاة (١٦٢٣).
والدارقطني في «السنن» (٢/ ١٢٣).
والنسائي في «السنن» كتاب الزكاة باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق (٥/ ٣٣).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٦٤، ١٦٥).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ١١٤، ١٥٦، ١٥٧).
والبخاري في «الصحيح» كتاب الوصايا باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته (٢٧٦٤) وباب نفقة القيم للوقف (٢٧٧٧).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الوصية باب الوقف (١٦٣٣).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الصدقات باب من وقف (٢٣٩٧).
=

يحتمل أنه وقف مائة سهم قبل القسمة ويحتمل أنه بعدها فلا يكون حجة مع الشك والاحتمال، على أنه إن ثبت أن الوقف كان قبل القسمة فيحمل أنه وقفها شائعاً ثم قسم وسلم، وقد روي أنه فعل كذلك. وذلك جائز كما لو وهب مشاعاً ثم قسم وسلم.

فصل: وأما حكم الوقف الجائز وما يتصل به فالوقف إذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك فحكمه أنه يزول الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بغلته بالتصدق عليه، لأن الوقف حبس الأصل وتصدق بالفرع، والحبس لا يوجب ملك المحبوس كالرهن، والواجب أن يبدأ بصرف الفرع إلى مصالح الوقف من عمارته وإصلاح ما وهىٰ من بنائه وسائر مؤوناته التي لا بد منها، سواء شرط ذلك الواقف أو لم يشرط، لأن الوقف صدقة جارية في سبيل الله تعالى ولا تجري إلا بهذا الطريق ولو وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى، لأن المنفعة له فكانت المؤنة عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**الخَراجُ بالضَّمانِ**»[1] كالعبد الموصى بخدمته إن نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا. كذا هذا. فإن امتنع من العمارة ولم يقدر عليها بأن كان فقيراً آجرها القاضي وعمرها بالأجرة، لأن استبقاء الوقف واجب ولا يبقي إلا بالعمارة، فإذا امتنع عن ذلك أو عجز عنه ناب القاضي منابه في استبقائه بالإجارة كالعبد والدابة إذا امتنع صاحبها عن الإنفاق عليها أنفق القاضي عليها بالإجارة. كذا هذا. وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه، وإن استغنى عنه أمسكه إلى وقت الحاجة إلى عمارته فيصرفه فيها، ولا يجوز أن يصرفه إلى مستحقي الوقف، لأن حقهم في المنفعة والغلة لا في العين، بل هي حق الله تعالى على الخلوص. ولو جعل داره مسجداً فخرب جوار المسجد أو استغنى عنه لا يعود إلى ملكه ويكون مسجداً أبداً عند أبي يوسف، وعند محمد يعود إلى ملكه.

وجه قول محمد: أنه أزال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب إلى الله تعالى بمكان يصلي فيه الناس فإذا استغنى عنه فقد فات غرضه منه فيعود إلى ملكه، كما لو كفن ميتاً ثم أكله سبع وبقي الكفن يعود إلى ملكه. كذا هذا.

ولأبي يوسف: أنه لما جعله مسجداً فقد حرره وجعله خالصاً لله تعالى على الإطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود إلى ملكه كالإعتاق، بخلاف تكفين الميت لأنه ما حرر الكفن وإنما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته وقد استغنى عنه فيعود ملكاً له.

وقوله: أزال ملكه بوجه وقع الاستغناء عنه، قلنا: ممنوع فإن المجتازين يصلون فيه، وكذا احتمال عود العمارة قائم وجهة القربة قد صحت بيقين فلا تبطل باحتمال عدم حصول المقصود.

ولو وقف داراً أو أرضاً على مسجد معين قال بعضهم: هو على الاختلاف على قول أبي يوسف يجوز، وعلى قول محمد لا يجوز بناءً على أن المسجد عند أبي يوسف لا يصير ميراثاً بالخراب، وعند

= والدارقطني في «السنن» (٤/ ١٨٦).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٥٩).

(١) تقدم.

محمد يصير ميراثاً. وقال أبو بكر الأعمش: ينبغي أن يجوز بالاتفاق، وقال أبو بكر الإسكاف: ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق.

فصل: وأما الصدقة: إذا قال: داري هذه في المساكين صدقة تصدق بثمنها، وإن تصدق بعينها جاز، لأن الناذر بالنذر يتقرب إلى الله تعالى بالمنذور به، ومعنى القربة يحصل بالتصدق بثمن الدار.

ولو تصدق بعين الدار جاز لأنه أدى المنصوص عليه، ولو قال داري هذه صدقة موقوفة على المساكين تصدق بالسكنى والغلة عند أبي حنيفة، لأن المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الأصل وتصدق الفرع؛ ولو قال مالي في المساكين صدقة تصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحساناً، والقياس: أن يتصدق بالكل، لأن اسم المال ينطلق على الكل.

وجه الاستحسان: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، ثم إيجاب الصدقة المتعلقة باسم الله من الله تعالى في قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾[1] ونحو ذلك نصرف إلى بعض الأموال دون الكل فكذا إيجاب العبد.

ولو قال: ما أملكه فهو صدقة تصدق بجميع ماله ويقال له: أمسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالاً، فإذا اكتسب مالاً تصدقت بمثل ما أمسكت لنفسك، لأنه أضاف الصدقة إلى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع، إلا أنه يقال له: أمسك قدر النفقة، لأنه لو تصدق بالكل على غيره لاحتاج إلى أن يتصدق غيره عليه، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «ابدأ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بمنْ تَعول»[2] والله عز وجل أعلم.

---

(١) سورة التوبة، الآية: (١٠٣).

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٣٠٥).

وأخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الزكاة باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة.

وأبو داود في «السنن» كتاب العتق باب بيع المدبر (٣٩٥٧).

والنسائي في «السنن» كتاب البيوع باب بيع المدبر (٧/ ٣٠٤).

والبيهقي في «السنن الكبرى» (٤/ ١٧٩).

وابن حبان في «صحيحه» كتاب الزكاة باب صدقة التطوع (٣٣٤٢، ٤٩٣٢).

كتاب الدعوى

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع: في بيان ركن الدعوى وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان حد المدعي والمدعى عليه، وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به، وفي بيان حجة المدعي والمدعى عليه، وفي بيان علائق اليمين، وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصماً، وفي بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين وحكم تعارض الدعوى لا غير وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل.

أما ركن الدعوى فهو قول الرجل: لي على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه ونحو ذلك فإذا قال ذلك فقد تم الركن.

فصل: وأما الشرائط المصححة للدعوى فأنواع:

منها: عقل المدعي والمدعى عليه فلا تصح دعوى المجنون والصبـي الذي لا يعقل، وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب، ولا تسمع البينة لأنهما مبنيان على الدعوى الصحيحة، ومنها أن يكون المدعى معلوماً لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول والعلم بالمدعى إنما يحصل بأحد أمرين: إما الإشارة، وإما التسمية.

وجملة الكلام فيه: أن المدعي لا يخلو: إما أن يكون عيناً، وإما أن يكون ديناً، فإن كان عيناً فلا يخلو: أما إن كان محتملاً للنقل أو لم يكن محتملاً للنقل، فإن كان محتملاً للنقل فلا بد من إحضاره لتمكن الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة فيصير معلوماً بها إلا إذا تعذر نقله كحجر الرحى ونحوه، فإن شاء القاضي استحضره، وإن شاء بعث إليه أميناً، وإن لم يكن محتملاً للنقل وهو العقار فلا بد من بيان حده ليكون معلوماً، لأن العقار لا يصير معلوماً إلا بالتحديد ثم لا خلاف في أنه لا يكتفى فيه بذكر حد واحد، وكذا بذكر حدين عند أبـي حنيفة ومحمد خلافاً لأبـي يوسف، وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم: نعم، وقال زفر رضي الله عنه؛ لا، وهي مسألة كتاب الشروط، وكذا لا بد من بيان موضع المحدود وبلده ليصير معلوماً.

هذا إذا كان المدعى عيناً، فإن كان ديناً فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته، لأن الدين لا يصير معلوماً إلا ببيان هذه الأشياء.

ومنها: أن يذكر المدعي في دعوى العقار أنه في يد المدعى عليه، لأن الدعوى لا بد وأن تكون على خصم والمدعى عليه إنما يصير خصماً، إذا كان بيده فلا بد وأن يذكر أنه في يده ليصير خصماً فإذا ذكر وأنكر

المدعى عليه ولا بينة للمدعي فإنه يحلف من غير الحاجة إلى إقامة البينة من المدعي على أنه في يد المدعى عليه، ولو كان له بينة لا تسمع حتى يقيم البينة على أنه في يد هذا المدعى عليه، ووجه الفرق: أن من الجائز أن يكون صاحب اليد غيره واصطلحا على ذلك، فلو سمع القاضي بينته لكان قضاءً على الغائب، وهذا المعنى هنا متعذر لأنه لا قضاء هنا أصلاً، لأن المدعى عليه لا يخلو إما أن يحلف، وإما أن ينكل فإن حلف فالأمر فيه ظاهر، وإن نكل فكذا، لأن القاضي لا يقضي بشيء وإنما يأمره بأن يخرج من الدار ويخلي بينها وبين المدعي.

ومنها: أن يذكر أنه يطالبه به، لأن حق الإنسان إنما يجب إيفاؤه بطلبه، ومنها أن يكون بلسانه عيناً إذا لم يكن به عذر إلا إذا رضي المدعى عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة، وعندهما ليس بشرط، حتى لو وكل المدعي بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعى عليه لا تصح دعواه عنده حتى لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة، وعندهما تصح حتى يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة، ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوى إلا بين يدي القاضي كما لا تسمع الشهادة إلا بين يديه.

ومنها: حضرة الخصم فلا تسمع الدعوى والبينة إلا على خصم حاضر إلا إذا التمس المدعي بذلك كتاباً حكمياً للقضاء به فيجيبه القاضي إليه فيكتب إلى القاضي الذي للغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه وهذا عندنا، وعند الشافعي[1] رحمه الله: حضرة المدعى عليه ليست بشرط لسماع الدعوى والبينة والقضاء فيجوز القضاء على الغائب عنده، وعندنا لا يجوز.

وجه قول الشافعي رحمه الله: أنه ظهر صدق المدعي في دعواه على الغائب بالبينة فيجوز القضاء ببينته قياساً على الحاضر، ودلالة الوصف أن دعوى المدعي وإن كان خيراً يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جانب صدقه على جانب الكذب في خبره بالبينة فيظهر صدقه في دعواه كما إذا كان المدعى عليه حاضراً يحققه أن المدعى عليه لا يخلو إما أن يكون مقراً، وإما أن يكون منكراً فإن كان مقراً فكان المدعي صادقاً في دعواه فلا حاجة إلى القضاء، وإن كان منكراً فظهر صدقه بالبينة فكان القضاء بالبينة قضاء بحجة مظهرة للحق فجاز.

ولنا: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال لسيدنا علي رضي الله عنه: «**لا تَقضِ لأحدِ الخصمَيْنِ مَا لَمْ تسمعْ كَلامَ الآخَرِ**»[2] نهاه عليه الصلاة والسلام عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر والقضاء بالحق للمدعي حال غيبة المدعى عليه قضاءً لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهياً عنه، ولأن القاضي مأمور بالقضاء بالحق، قال الله تبارك وتعالى جل شأنه: ﴿**يا داودُ إنّا جعلناكَ خَليفةً فِي الأرضِ فَاحْكُمْ بينَ النَّاسِ بالحقِّ**﴾[3].

(١) انظر «المجموع» (١٢/١٧).
(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٩٠، ١٤٣، ١٥٠، ٩٦).
والترمذي في «السنن» كتاب الأحكام باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما (١٣٣١).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأقضية باب كيف القضاء (٣٥٨٢).
(٣) سورة صٓ، الآية: (٢٦).

وقال عليه الصلاة والسلام لعمرو بن العاص: «اقضِ بينَ هذينِ»، قال: أقضي وأنت حاضر بيننا، فقال عليه الصلاة والسلام: «اقضِ بينَهُمَا بالحقِّ»[1] والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم، واحتمال العدم ثابت في البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم بالبينة حكماً بالحق فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلاً إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة، وقد خرج الجواب عن كلامه.

ثم إنما لا يجوز القضاء عندنا على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر، فإن كان يجوز لأنه يكون قضاء على الحاضر حقيقة ومعنى والخصم الحاضر والوكيل والوصي والوارث ومن كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لأن الوكيل والوصي نائبان عنه بصريح النيابة، والوارث نائب عنه شرعاً وحضرة النائب كحضرة المنوب عنه فلا يكون قضاءً على الغائب معنى.

وكذا إذا كان بين الحاضر والغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى بأن كان ذلك سبباً لثبوت حق الغائب، لأن الحاضر يصير مدعى عليه فيما هو حقه، ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغائب فكان الكل حق الحاضر، لأن كل ما كان من ضرورات الشيء كان ملحقاً به فيكون قضاءً على الحاضر، حتى إن من ادعى على آخر أنه أخوه ولم يدع ميراثاً ولا نفقةً لا تسمع دعواه لأنه دعوى على الغائب لأنه يريد إثبات نسبه من أب المدعى عليه وأمه وهما غائبان وليس عنهما خصم حاضر لأنه لم توجد الإنابة ولا حق يقضي به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغائب من ضروراته تبعاً له فلا تسمع دعواه أصلاً.

ولو ادعى عليه ميراثاً أو نفقةً عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لأنه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه إثباته إلا بإثبات نسبه من الغائب فينصب خصماً عن الغائب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعاً له، ولهذا لو أقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح إقراره، بخلاف ما لو ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه أنه يصح من غير دعوى المال الحاضر لأنه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر، ألا ترى أنه لو أقر به يصح إقراره بخلاف الإقرار بالأخوة.

وعلى هذا تخرج المسائل المخمسة وتوابعها على ما نذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى.

ومنها: عدم التناقض في الدعوى وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه، حتى لو أقرّ بعين في يده لرجل فأمر القاضي بدفعها إليه ثم ادعى أنه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه لأن إقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك، لأن الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضاً للإقرار والإقرار يناقضه فلا يصح.

وكذا لو لم يقر ونكل عن اليمين فقضى عليه بنكوله، ثم ادعى أنه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ [illegible])، والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٨٨).
قال الحاكم: هذا حديث ص[illegible]يح الإسناد ولم يخرجاه بهذه السياقة.
واستدرك الذهبي بقوله [illegible]ت: فرج ضعفوه.
والدارقطني في «السنن» [illegible]تاب الأقضية والأحكام (٤/ ٢٠٣).

دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية، لأن النكول بمنزلة الإقرار.

وروي عن أبي يوسف: أنه تسمع دعواه وتقبل بينته، هذا إذا ادعى أنه اشتراه منه قبل الإقرار والنكول، فأما إذا ادعى أنه اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف، لأن الإقرار بالملك لفلان لا يمنع الشراء منه بعد ذلك لانعدام التناقض لاختلاف الزمان.

ولو قال: هذا لفلان اشتريته منه تسمع منه موصولاً قال ذلك أو مفصولاً لأنه لم يسبق منه ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها، لأن سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشراء منه.

ولو قال: هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولاً فالقياس أن لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح، ولو قال ذلك مفصولاً لا تصح قياساً واستحساناً.

وجه القياس: أن قوله: هو لفلان إقرار منه بكونه ملكاً لفلان في الحال فهذا يناقض دعوى الشراء، لأن الشراء يوجب كونه ملكاً للمشتري فلا يصح كما إذا قال مفصولاً.

وجه الاستحسان: أن قوله هو لفلان اشتريته منه موصولاً معناه في متعارف الناس وعاداتهم أنه كان لفلان فاشتريته منه، قال الله عز وجل: ﴿واذْكُرُوا إِذْ أَنتُم قليلٌ مُستضعَفُونَ في الأرض﴾ أي إذ كنتم قليلاً إذ لم يكونوا قليلاً وقت نزول الآية الشريفة فيحمل عليه تصحيحاً له ولا عادة جرت بذلك في المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا تسمع.

هذا إذا بين أنه اشتراه قبل الإقرار فإن بين أنه اشتراه بعده تسمع دعواه لانعدام التناقض على ما بينا، وكذلك لو لم يبين وادعى الشراء مبهماً بثمن معلوم تسمع لأنه لما لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحاً له. هذا إذا قال: هذا الشيء لفلان ولم يقل: لا حق لي فيه، فإن قال: لا حق لي فيه ثم ادعى الشراء بعد ذلك لا تسمع دعواه، لأن قوله لا حق لي فيه لتأكيد البراءة، إلا إذا تبين أنه اشتراه بعد الإقرار فتسمع لما قلنا.

ولو ادعى على رجل ديناً فقال المدعى عليه لم يكن لك علي شيء قط، فأقام المدعي البينة وقضى القاضي بذلك، ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قد قضاه إياه تسمع دعواه وتقبل بينته، لجواز أنه لم يكن عليه شيء وإنما قضاه إياه لدفع الدعوى الباطلة.

ولو قال: لم يكن لك عليّ شيء ولا أعرفك فأقام المدعي البينة وقضى القاضي ببينته ثم أقام المدعى عليه البينة أنه كان قضاه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته، لأن قوله: لا أعرفك يناقض دعوى القضاء، لأن الظاهر أنه لا يقضي إلا بعد معرفته إياه فكان في دعوى القضاء مناقضاً فلا تسمع.

ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه عبداً بعينه والعبد في يد البائع فأنكر البائع البيع فأقام المشتري البينة وقضى القاضي به ثم وجد به عيباً فأراد أن يرده على البائع، فأقام البائع البينة على أن المشتري كان أبرأه عن كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته، لأن إنكار البيع يناقض دعوى الإبراء عن العيب، لأن الإبراء يقتضي وجود البيع فكان مناقضاً في دعوى الإبراء فلا تسمع. وعلى هذا مسائل:

والأصل في هذا الباب أنه إذا سبق من المدعي ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى إلا في النسب والعتق فإن التناقض فيهما غير معتبر، بأن قال لمجهول النسب: هو ابني من الزنا، ثم قال: هو ابني من النكاح تسمع دعواه. وكذا مجهول النسب إذا أقر بالرق لرجل ثم ادعى أنه حر الأصل تسمع دعواه حتى تقبل بينته، لأن بيان النسب مبني على أمر خفي وهو العلوق منه، إذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر، كما إذا اختلعت امرأة زوجها على مال ثم ادعت أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع وأقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا، كذا هذا. وكذا الرق والحرية. ومنها أن يكون المدعى مما يحتمل للثبوت، لأن دعوى ما يستحيل وجوده حقيقة أو عادة تكون دعوى كاذبة، حتى لو قال لمن لا يولد مثله لمثله: هذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة أن يكون الأكبر سناً ابناً لمن هو أصغر سناً منه. وكذا إذا قال لمعروف النسب من الغير: هذا ابني، والله تعالى أعلم.

فصل: وأما بيان حد المدعي والمدعى عليه فقد اختلف عبارات المشايخ في تحديدهما، قال بعضهم: المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه.

وقال بعضهم المدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عيناً أو ديناً أو حقاً، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه. وقال بعضهم: ينظر إلى المتخاصمين أيهما كان منكراً فالآخر يكون مدعياً. وقال بعضهم: المدعي من يخبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه، فينفصلان بذلك عن الشاهد، والمقر والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره، والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره.

فصل: وأما بيان حكم الدعوى وما يتصل به فحكمها: وجوب الجواب على المدعى عليه لأن قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع ألا بالجواب فكان واجباً، وهل يسأله القاضي الجواب قبل طلب المدعى. ذكر في أدب القاضي أنه يسأله، وذكر في الزيادات أنه لا يسأله ما لم يقل المدعي اسأله عن دعواي وعلى هذا إذا تقدم الخصمان إلى القاضي هل يسأل المدعي عن دعواه، في أدب القاضي أنه يسأله. وفي الزيادات أنه لا يسأله، ويعرف ذلك في كتاب «**أدب القاضي**» وسيأتي.

وإذا وجب الجواب على المدعى عليه، فإما إن أقر أو سكت أو أنكر، فإن أقر يؤمر بالدفع إلى المدعي لظهور صدق دعواه، وإن أنكر فإن كان للمدعي بينة أقامها. ولو قال: لا بينة لي ثم جاء بالبينة هل تقبل؟ روى الحسن عن أبـي حنيفة رحمهما الله تعالى أنها تقبل. وعن محمد أنها لا تقبل.

وجه قول محمد: أن قوله لا بينة لي إقرار على نفسه، والإنسان لا يتهم في إقراره على نفسه فالإتيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما أقر به فلا يصح، وجه رواية الحسن عن أبـي حنيفة: أن من الجائز أن تكون له بينة لم يعلمها المدعي بأن أقر المدعى عليه بين يدي هؤلاء وهو لا يعلم به، ثم علم بعد ذلك بها فأمكن التوفيق فلا يكون الإتيان بالبينة بعد ذلك رجوعاً فتقبل، وإن لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما يحتمل التحليف، فإن سكت عن الجواب يأتي حكمه إن شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه.

فصل: وأما حجة المدعي والمدعى عليه فالبينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه لقوله عليه

الصلاة والسلام: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي واليَمِينُ عَلَى المدَّعَىٰ عَلَيْه»[١] جعل عليه الصلاة والسلام البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه، والمعقول كذلك لأن المدعي يدعي أمراً خفياً فيحتاج إلى إظهاره، وللبينة قوة الإظهار لأنها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعي، واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهره للحق وتصلح حجة المدعي عليه لأنه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر، واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعي وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة.

وعلى هذا يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين من المدعي أنه لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله.

احتج بما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه قَضَى بِشَاهِدٍ وَيَمينٍ»[٢] ولأن الشهادة إنما كانت حجة المدعي لكونها مرجحة جنسية الصدق على جنسية الكذب في دعواها الرجحان فكما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة فكان ينبغي أن يكتفى بها، إلا أنه ضم إليها الشهادة نفياً للتهمة.

ولنا: الحديث المشهور والمعقول، ووجه الاستدلال من وجهين:

أحدهما: أن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المدعى عليه. ولو جعلت حجة المدعي لا تبقي واجبة على المدعى عليه وهو خلاف النص.

والثاني: أنه عليه الصلاة والسلام جعل كل جنس اليمين حجة المدعى عليه لأنه عليه الصلاة والسلام ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضي استغراق كل الجنس، فلو جعلت حجة المدعي لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعي عليه بل يكون من الأيمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعي وهذا خلاف النص.

وأما الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين[٣] وقال: لم يصح عن رسول الله ﷺ القضاء بشاهد ويمين.

وكذا روي عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد فقال: بدعة، وأول من قضى بهما معاوية رضي الله عنه وكذا ذكر ابن جريج عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: كان القضاء الأول أن لا يقبل إلا شاهدان، وأول من قضى باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان[٤] مع ما أنه ورد مورد الآحاد ومخالفاً للمشهور فلا

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (١/٢٤٨، ٣١٥، ٣٢٣).
ومسلم في «صحيحه» كتاب الأقضية باب القضاء باليمن والشاهد (٤٤٤٧).
وأبو داود في «السنن» كتاب الأقضية باب القضاء باليمين والشاهد (٣٦٠٨).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الأحكام باب القضاء بشاهد ويمين (٢٣٧٠).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/١٦٧).
وابن الجارود في «المنتقى» (١٠٠٦).

(٣) يحيى بن معين: هو الثقة الحافظ أبو زكريا الغطفاني، إمام الجرح والتعديل من العاشرة مات سنة ٣٣ بالمدينة المنورة وله بضع وسبعون سنة. انظر «التقريب» ص ٥٩٧ ترجمة (٧٦٥١).

(٤) عبد الملك بن مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي أو الوليد، كان طالب علم قبل الخلافة، ثم اشتغل بها فتغير حاله ملك =

يقبل. وإن ثبت أنه قضى بشاهد ويمين أما ليس فيه أنه فيه قضى.

وقد روي عن بعض الصحابة أنه قضى بشاهد ويمين في الأمان، وعندنا: يجوز القضاء في بعض أحكام الأمان بشاهد واحد إذا كان عدلاً بأن شهد أنه أمن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق، واليمين من باب ما يحتاط فيه فحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض، وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعي رحمه الله في رده اليمين إلى المدعي عند نكول المدعى عليه، لأن النبي عليه الصلاة والسلام ما جعل اليمين حجة إلا في جانب المدعى عليه فالرد إلى المدعي يكون وضع الشيء في غير موضعه، وهذا حد الظلم، وعلى هذا يخرج مسألة الخارج مع ذي اليد إذا أقاما البينة أنه لا تقبل بينة ذي اليد لأنها جعلت حجة للمدعي، وذو اليد ليس بمدع بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بينته بالعدم فخلت بينة المدعي عن المعارض فيعمل بها، وقد تخرج المسألة على أصل آخر نذكره في موضعه إن شاء الله. وإذا عرفت أن البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من معرفة علائقهما، وعلائق البينة قد مر ذكرها في كتاب «**الشهادات**»، ونذكر هنا علائق اليمين فنقول وبالله التوفيق:

الكلام في اليمين في مواضع: في بيان أن اليمين واجبة، وفي بيان شرائط الوجوب، وفي بيان الوجوب، وفي بيان كيفية الوجوب، وفي بيان حكم أدائه وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل الواجب. أما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**البينةُ على المدعي، واليمين على المدعى عليه**»[1] و «على» كلمة إيجاب.

وأما شرائط الوجوب فأنواع:

منها: الإنكار لأنها وجبت للحاجة إلى دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الإنكار، فإذا كان مقراً لا حاجة لأن الإنسان لا يتهم في الإقرار على نفسه.

ثم الإنكار نوعان: نص ودلالة. أما النص فهو صريح الإنكار، وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعي من غير آفة لأن الدعوى أوجبت الجواب عليه، والجواب نوعان: إقرار وإنكار فلا بد، من حمل السكوت على أحدهما، والحمل على الإنكار أولى لأن العاقل المتدين لا يسكت عن إظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن إظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الإنكار أولى فكان السكوت إنكاراً دلالة.

ولو لم يسكت المدعى عليه ولم يقر ولكنه قال: لا أقر ولا أنكر وأصر على ذلك، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هذا إنكار، وقال بعضهم: هذا إقرار والأول أشبه، لأن قوله لا أنكر إخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت إنكار على ما مر.

ومنها: الطلب من المدعي لأنها وجبت على المدعى عليه حقاً للمدعي، وحق الإنسان قبل غيره

= ثلاث عشرة سنة استقلالاً وقبلها منازعاً لابن الزبير تسع سنين من الرابعة، ومات سنة ست وثمانين في شوال وقد جاوز الستين، انظر «التقريب» ص ٣٦٥ ترجمة (٤٢١٣).

(١) تقدم تخريجه.

واجب الإيفاء عند طلبه، ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة، وعندهما ليس بشرط، حتى لو قال المدعي لي بينة حاضرة ثم أراد أن يحلف المدعى عليه ليس له ذلك عنده، وعندهما له ذلك.

وجه قولهما: أن اليمين حجة المدعي كالبينة ولهذا لا تجب إلا عند طلبه فكان له ولاية استيفاء أيهما شاء، ولأبي حنيفة: أن البينة في كونها حجة المدعي كالأصل لكونها كلام غير الخصم واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم فلهذا لو أقام البينة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف.

ومنها: أن لا يكون المدعي حقاً لله عز وجل خالصاً فلا يجوز الاستحلاف في الحدود الخالصة حقاً لله عز وجل، كحد الزنا والسرقة والشرب، لأن الاستحلاف لأجل النكول، ولا يقضى بالنكول في الحدود الخالصة لأنه بذل عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إقرار فيه شبهة العدم، والحدود لا تحتمل البذل ولا تثبت بدليل فيه شبهة، لهذا لا تثبت بشهادة النساء، والشهادة على الشهادة، إلا أن في السرقة يحلف على أخذ المال، وكذا لا يمين في اللعان لأنه جار مجرى الحد.

وأما حد القذف فيجري فيه الاستحلاف في ظاهر الرواية لأنه ليس من الحدود المتمحضة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فأشبه التعزير، وفي التعزير يحلف، كذا هذا ويجري الاستحلاف في القصاص في النفس والطرف، لأن القصاص خالص حق العبد.

ومنها: أن يكون المدعي محتملاً للإقرار به شرعاً بأن كان لو أقر به لصح إقراره به، فإن لم يكن لم يجر فيه الاستحلاف، حتى إن من ادعى على رجل أنه أخوه ولم يدع في يده ميراثاً فأنكر لا يحلف، لأنه لو أقر له بالأخوة لم يجز إقراره لكونه إقراراً على غيره وهو أبوه. ولو ادعى أنه أخوه وإن في يده مالاً من تركة أبيه وهو مستحق لنصفه بإرثه من أبيه فأنكر يحلف لأجل الميراث لا للأخوة لأنه لو أقر انه أخوه صح إقراره في حق الإرث حتى يؤمر بتسليم نصف الميراث إليه ولم يصح في حق النسب حتى لا يقضى بأنه أخوه. وعلى هذا عبد في يد رجل ادعاه رجلان فأقر به لأحدهما وسلم القاضي العبد إليه فقال الآخر: لا بينة لي وطلب من القاضي تحليف المقر لا يحلفه في عين العبد، لأنه لو أقر به لكان إقراره باطلاً، فإذا أنكر لا يحلف إلا أن يقول الذي لم يقر له: إنك أتلفت على العبد بإقرارك به لغيري فاضمن قيمته لي يحلف المقر بالله تعالى ما عليه رد قيمة ذلك العبد على هذا المدعي ولا رد شيء منها لأنه لو أقر بإتلافه لصح وضمن القيمة فإذا أنكر يستحلفه.

ولو ادعى رجل أنه زوجه ابنته الصغيرة وأنكر الأب لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين: **أحدهما:** أنه لو أقر به لا يصح إقراره به عنده، فأذا أنكر لا يستحلف.

والثاني: أن الاستحلاف لا يجري في النكاح وعندهما يجري، لكن عند أبي يوسف يحلف على السبب، وعند محمد على الحاصل، والحكم على ما نذكره في موضعه.

هذا إذا كانت صغيرة عند الدعوى فإن كانت كبيرة وادعى أن أباها زوجها إياه في صغرها لا يحلف عند أبي حنيفة لما قلنا من الطريقين، وعندهما لا يحلف أيضاً لأحد طريقين، وهو أنه لو أقر عليها في الحال لا يصح إقراره، ولكن تحلف المرأة عندهما، لأنها لو أقرت لصح إقرارها، وعندهما الاستحلاف يجري فيه،

لكن عند أبي يوسف تحلف على السبب بالله عز وجل ما تعلم أن أباها زوجها وهي صغيرة إلا عند التعرض فتحلف على الحكم كما قال محمد.

ولو ادعت امرأة على رجل أنه زوجها عبده فأنكر المولى لا يحلف عند أبي حنيفة رحمه الله لطريقين:

أحدهما: أنه لو أقر عليه لا يصح إقراره.

والثاني: أنه لا استحلاف في النكاح عنده، وعندهما لا يحلف أيضاً، لكن لطريق واحد، وهو أنه لو أقر عليه لا يصح إقراره. ولو ادعى رجل على رجل أنه زوجه أمته لا يحلف المولى عند أبي حنيفة، وعندهما يحلف لطريق واحد، وهو أن الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده، وعندهما يجري.

ومنها: أن يكون المدعي مما يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملاً للإقرار، وعندهما أن يكون مما يحتمل الإقرار سواء احتمل البذل أو لا.

وعلى هذا يخرج اختلافهم في الأشياء السبعة أنها لا يجري فيها الاستحلاف عند أبي حنيفة وهي النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاد، أما النكاح فهو أن يدعي رجل على امرأة أنها امرأته أو تدعي امرأة على رجل أنه زوجها ولا بينة للمدعي وطلب يمين المنكر.

وأما الرجعة فهو أن يقول الزوج للمطلقة بعد انقضاء عدتها: قد كنت راجعتك وأنكرت المرأة وعجز الزوج عن إقامة البينة فطلب يمينها، وأما الفيء في الإيلاء فهو أن يكون الرجل آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر، فقال: قد كنت فئت إليك بالجماع فلم تبيني فقالت: لم تفيء إلي ولا بينة للزوج فطلب يمينها.

وأما النسب فنحو أن يدعي على رجل أنه أبوه أو ابنه فأنكر الرجل ولا بينة له وطلب يمينه، وأما الرق فهو أن يدعي على رجل أنه عبده فأنكر وقال: أنه حر الأصل لم يجر عليه رق أبداً ولا بينة للمدعي فطلب يمينه.

وأما الولاء فإنه يدعي على امرأة أنه أعتق أباها وإن أباها مات وولاؤه بينهما نصفان فأنكرت أن يكون أعتقه وأن يكون ولاؤه ثابتاً منه ولا بينة للمدعي فطلب يمينها على ما أنكرت من الولاء.

وأما الاستيلاد فهو أن تدعي أمة على مولاها فتقول: أنا أم ولد لمولاي وهذا ولدي فأنكر المولى لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبعة عند أبي حنيفة، وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في الفصول الستة، وفي الاستيلاد لا يتصور إلا من جانب واحد وهو جانب الأمة، فأما جانب المولى فلا تتصور الدعوى لأنه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى، وهذا بناء على ما ذكرنا أن النكول بذل عنه، وهذه الأشياء لا تحتمل البذل، وعندهما إقرار فيه شبهة، وهذه الأشياء تثبت بدليل فيه شبهة.

وجه قولهما: أن نكول المدعى عليه دليل كونه كاذباً في إنكاره لأنه لو كان صادقاً لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول إقراراً دلالة إلا أنه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم، وهذه الأشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم، ألا ترى أنها تثبت بالشهادة على الشهادة، وشهادة رجل وامرأتين.

ولأبي حنيفة: أن النكول يحتمل الإقرار لما قلتم ويحتمل البذل لأن العاقل الدين كما يتحرج عن

اليمين الكاذبة يتحرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعي إلا أن حمله على البذل أولى لأنا لو جعلناه إقراراً لكذبناه لما فيه من الإنكار ولو جعلناه بذلاً لم نكذبه لأنه يصير في التقدير كأنه قال: ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب، وإذا ثبت أن النكول بذل، وهذه الأشياء لا تحتمل البذل فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لأنه إنما يستحلف المدعي لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فإذا لم يحتمل النكول لا يحتمل التحليف.

فصل: وأما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين:

أحدهما: في بيان صفة التحليف نفسه أنه كيف يحلف؟.

والثاني: في بيان صفة المحلوف عليه أنه على ماذا يحلف؟.

أما الأول: فالأمر لا يخلو إما إن كان الحالف مسلماً، وإما إن كان كافراً، فإن كان مسلماً فيحلفه القاضي بالله تعالى إن شاء من غير تغليظ، لما روي: «**أن رسول الله ﷺ حلَّف يزيد بن ركانة أو ركانة بن عبد يزيد بالله عز وجل ما أردتَ بالبتةِ ثَلاثاً**»[(١)] وإن شاء غلظ، لأن الشرع ورد بتغليظ اليمين في الجملة فإنه روي أن رسول الله ﷺ حلف ابن صوريا الأعور وغلظ، فقال عليه الصلاة والسلام: «**الّذي أنْزَلَ التَّوراة على سيدنا مُوسى عليهِ الصلاة والسلامُ إنَّ حَدَّ الزِّنا فِي كِتَابِكُمْ هَذَا**»[(٢)].

وقال مشايخنا: ينظر إلى حال الحالف إن كان ممن لا يخاف منه الاجتراء على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله عز وجل من غير تغليظ، وإن كان ممن يخاف منه ذلك تغلظ، لأن من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله عز وجل كاذباً فإذا غلظ عليه اليمين يمتنع، وقال بعضهم: إن كان المال المدعى يسيراً يكتفى فيه بالله عز وجل، وإن كان كثيراً يغلظ. وصفة التغليظ أن يقول: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما يعد تغليظاً في اليمين، وإن كان الحالف كافراً فإنه يحلف بالله عز وجل أيضاً ذمياً كان أو مشركاً، لأن المشركين لا ينكرون الصانع، قال الله تبارك وتعالى جل شأنه: **﴿ولئِنْ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمواتِ والأرضَ ليقولُنَّ اللَّهُ﴾**[(٣)] فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الاله إلا الدهرية والزنادقة وأهل الإباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الحدود باب ما جاء في الرجم.
وأحمد في «المسند» (٢/ ٧، ٦٣، ٧٦).
والبخاري في «الصحيح» كتاب المناقب باب قول الله تعالى: **﴿يعرفونه كما يعرفون أبناءهم وإن فريقاً منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون﴾** (٣٦٣٥) وباب أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا (٦٨٤١).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الحدود باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى (١٦٩٩).
وأبو داود في «السنن» كتاب الحدود باب ما جاء في رجم اليهوديين (٤٤٤٦).
والترمذي في «السنن» كتاب الحدود باب ما جاء في رجم أهل الكتاب (١٤٣٦).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢١٤).
والدارمي في «السنن» (٢/ ١٧٨، ١٧٩).

(٣) سورة لقمان، الآية: (٢٥).

إظهار نحلتهم في عصر من الأعصار إلى يومنا هذا ونرجو من فضل الله عز وجل على أمة حبيبه ﷺ أن لا يقدرهم على إظهار ما انتحلوه إلى انقضاء الدنيا، وإن رأى القاضي ما يكون تغليظاً في دينه فعل لما روينا «أن رسول الله ﷺ غَلظ على ابن صوريا»[١] دل أن كل ذلك سائغ فيغلظ على اليهودي بالله تعالى عز وجل الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام، وعلى النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام، وعلى المجوسي بالله الذي خلق النار ولا يحلف على الإشارة إلى مصحف معين بأن يقول: بالله الذي أنزل هذا الإنجيل أو هذه التوراة لأنه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن أن تقع الإشارة إلى المحرف فيكون التحليف به تعظيماً لما ليس بكلام الله عز وجل، ولا يبعث هؤلاء إلى بيوت عبادتهم من البيعة والكنيسة وبيت النار لأن فيه تعظيم هذه المواضع، وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: إن كان بالمدينة يحلف عند المنبر، وإن كان بمكة يحلف عند الميزاب ويحلف بعد العصر.

والصحيح قولنا لما روينا من الحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «البينةُ على المُدَّعي واليمينُ على المُدَّعى عليه»[٢] مطلقاً عن الزمان والمكان، وروي أنه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار إلى مروان بن الحكم فقضى على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر فقال له زيد: أحلف له مكاني فقال له مروان: لا والله إلا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف أن حقه لحق وأبى أن يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك، ولو كان ذلك لازماً لما احتمل أن يأباه زيد بن ثابت، ولأن تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى وفيه معنى الإشراك في التعظيم والله عز وجل أعلم.

وأما بيان صفة المحلوف عليه أنه على ماذا يحلف فنقول: الدعوى لا تخلو إما إن كانت مطلقة عن سبب، وإما إن كانت مقيدة بسبب فإن كانت مطلقة عن سبب بأن ادعى عبداً أو جارية أو أرضاً وأنكر المدعى عليه فلا خلاف في أنه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى فيقال: بالله ما هذا العبد أو الجارية أو الأرض لفلان هذا ولا شيء منه، وإن كانت مقيدة بسبب بأن ادعى أنه أقرضه ألفاً أو غصبه ألفاً أو أودعه ألفاً وأنكر المدعى عليه فقد اختلف أبو يوسف ومحمد في أنه يحلف على السبب أو على الحكم.

قال أبو يوسف: يحلف على السبب بالله ما استقرضت منه ألفاً أو ما غصبته ألفاً أو ما أودعني ألفاً إلا أن يعرض المدعى عليه ولا يصرح فيقول: قد يستقرض الإنسان وقد يغصب وقد يودع ولا يكون عليه لما أنه أبرأه عن ذلك أو رد الوديعة وأنا لا أبين ذلك لئلا يلزمني شيء فحينئذٍ يحلف على الحكم.

وقال محمد: يحلف على الحكم من الابتداء بالله ماله عليك هذه الألف التي ادعى. وجه قول محمد: أن التحليف على السبب تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز أنه وجد منه السبب ثم ارتفع بالإبراء أو بالرد فلا يمكنه الحلف على نفي السبب ويمكنه الحلف على نفي الحكم على كل حال فكان

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.

التحليف على الحكم أولى.

وجه قول أبي يوسف: ما روي «**أن رسول الله ﷺ حلف اليهودَ باللَّهِ**»[1]، وفي باب القسامة على السبب، فقال عليه الصلاة والسلام: بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلاً فيجب الاقتداء به، ولأن الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل تحت الدعوى في هذه الصورة مقصوداً هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك إن أمكنه الحلف على السبب حلف عليه، وإن لم يمكنه وعرض فحينئذٍ يحلف على الحكم.

وعلى هذا الخلاف دعوى الشراء إذا أنكر المدعى عليه فعند أبي يوسف يحلف على السبب بالله عز وجل ما بعته هذا الشيء إلا أن يعرض الخصم، والتعريض في هذا أن يقول: قد يبيع الرجل الشيء، ثم يعود إليه بهبة أو فسخ أو إقالة أو رد بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية وأنا لا أبين ذلك كي لا يلزمني شيء فحينئذٍ يحلف على الحكم بالله تعالى ما بينكما بيع قائم أو شراء قائم بهذا السبب الذي يدعي، وهكذا يحلف على قول محمد.

وعلى هذا دعوى الطلاق بأن ادعت امرأة على زوجها أنه طلقها ثلاثاً أو خالعها على كذا وأنكر الزوج ذلك يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله عز وجل ما طلقها ثلاثاً أو ما خالعها إلا أن يعرض الزوج فيقول: الإنسان قد يخالع امرأته ثم تعود إليه وقد يطلقها ثلاثاً ثم تعود إليه بعد زوج آخر فحينئذٍ يحلف بالله عز وجل ما هي حرام عليك بثلاث تطليقات أو بالله عز وجل ما هي مطلقة منك ثلاثاً أو ما هي حرام عليك بالخلع أو ما هي بائن منك ونحو ذلك من العبارات، وهكذا يحلف على قول محمد.

وعلى هذا دعوى العتاق في الأمة بأن ادعت أمة على مولاها أنه أعتقها وهو منكر. عند أبي يوسف يحلف المولى على السبب بالله عز وجل ما أعتقها إلا أن يعرض لأنه يتصور النقض في هذا والعود إليه بأن ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سباها أو سباها غيره فاشتراها فحينئذٍ يحلف كما قاله محمد، ولو كان الذي يدعي العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله عز وجل ما أعتقه في الرق القائم للحال في ملكه لانعدام تصور التعريض، لأن العبد المسلم لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلماً أو كان كافراً يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود إلى الرق، لأن الذمي إذا نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فإنه يجبر على الإسلام ويقتل إن أبى ولا يسترق.

وعلى هذا دعوى النكاح وهو تفريع على قولهما، لأن أبا حنيفة لا يرى الاستحلاف فيه فيقول: الدعوى لا تخلو إما أن تكون من الرجل أو من المرأة فإن كانت من الرجل وأنكرت المرأة النكاح فعند أبي يوسف يحلف على السبب إلا أن يعرض لاحتمال الطلاق والفرقة بسبب ما فحينئذٍ يحلف على الحكم بالله عز وجل ما بينكما نكاح قائم كما هو قول محمد.

وأما عند أبي حنيفة لو قال الزوج: أنا أريد أن أتزوج أختها أو أربعاً سواها فإن القاضي لا يمكنه من ذلك لأنه إقرار لهذه المرأة أنها امرأته فيقول له إن كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج أختها أو أربعاً سواها،

(١) تقدم تخريجه في حديث ابن صوريا.

وإن كان دعوى النكاح من المرأة على رجل فأنكر، فعند أبي يوسف يحلف على السبب إلا أن يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد. فأما عند أبي حنيفة لو قالت المرأة: إني أريد أن أتزوج، فإن القاضي لا يمكنها من ذلك لأنها قد أقرت أن لها زوجاً فلا يمكنها من التزوج بزوج آخر، فإن قالت: ما الخلاص عن هذا وقد بقيت في عهدته أبد الدهر وليست لي بينة، وهذه تسمى عهدة أبي حنيفة، فإنه يقول القاضي للزوج: طلقها، فإن أبى أجبره القاضي عليه، فإن قال الزوج: لو طلقتها للزمني المهر فلا أفعل ذلك يقول له القاضي قل لها: إن كنت امرأتي فأنت طالق فتطلق لو كانت امرأتك، وإن لم تكن فلا ولا يلزمك شيء، لأن المهر لا يلزم بالشك، فإن أبى يجبره على ذلك، فإذا فعل تخلص عن تلك العهدة، ولو كانت الدعوى على إجارة الدار أو عبد أو دابة أو معاملة مزارعة، فعند أبي يوسف يحلف على السبب إلا إذا عرض.

وعند محمد: يحلف على الحكم على كل حال، وعند أبي حنيفة ما كان صحيحاً وهو الإجارة يحلف وما كان فاسداً وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف أصلاً، لأن الحلف بناءً على الدعوى الصحيحة ولم تصح عنده.

ولو كانت الدعوى في القتل الخطأ بأن ادعى على رجل أنه قتل أباه خطأ وأنه وجبت الدية فأنكر المدعى عليه يحلف على السبب عند أبي يوسف بالله ما قتلت إلا إذا عرض، وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك، وإنما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصله الخطأ أنها تجب على العاقلة ابتداءً أو تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة، فإن حلف برىء وإن نكل يقضى عليه بالدية في ماله على ما نذكر إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل موقتاً إلى غاية إحضار البينة عند عامة العلماء. وقال بعضهم: حكمه انقطاع الخصومة على الإطلاق حتى لو أقام المدعي البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة، وعند بعضهم لا تقبل، لأنه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف، فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البينة، والجامع أن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما، والصحيح قول العامة، لأن البينة هي الأصل في الحجة لأنها كلام الأجنبي.

فأما اليمين فكالخلف عن البينة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف، فكأنه لم يوجد أصلاً. ولو قال المدعي للمدعى عليه: احلف وأنت بريء من هذا الحق الذي ادعيته أو أنت بريء من هذا الحق ثم أقام البينة قبلت بينته، لأن قوله أنت بريء يحتمل البراءة للحال، أي بريء عن دعواه وخصومته للحال، ويحتمل البراءة عن الحق فلا يجعل إبراء عن الحق بالشك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه إذا نكل عن اليمين فإن كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا لكن ينبغي للقاضي أن يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فإن حلفت وإلا قضيت عليك لجواز أن يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول، أو يكون عنده أن القاضي لا يرى القضاء بالنكول أو لحقه حشمة القضاة ومهابة المجلس في المرة الأولى فكان الاحتياط أن يقول له

ذلك، فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً فإن القاضي يقضي عليه عندنا.

وعند الشافعي[١] رحمه الله: لا يقضي بالنكول ولكن برد اليمين إلى المدعي فيحلف فيأخذ حقه.

احتج الشافعي رحمه الله بقول النبـي عليه الصلاة والسلام: «**البينةُ على المدعي واليمينُ عَلى المدّعى عليهِ**»[٢] جعل البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه، ولم يذكر عليه الصلاة والسلام النكول، فلو كان حجة المدعي لذكره والمعقول أنه يحتمل أنه نكل لكونه كاذباً في الإنكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل أنه نكل مع كونه صادقاً في الإنكار تورعاً عن اليمين الصادقة فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال لكن يرد اليمين إلى المدعي ليحلف فيقضى له، لأنه ترجح جنبة الصدق في دعواه بيمينه، وقد ورد الشرع برد اليمين إلى المدعي، فإنه روي «أن سيدنا عثمان رضي الله عنه ادعى على المقداد مالاً بين يدي سيدنا عمر رضي الله عنه فأنكر المقداد وتوجهت عليه اليمين فرد اليمين على سيدنا عثمان، وسيدنا عمر جوز ذلك».

ولنا: ما روي أن شريحاً قضى على رجل بالنكول، فقال المدعى عليه: أنا أحلف، فقال شريح: مضى قضائي، وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله ﷺ، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً منهم على جواز القضاء بالنكول، ولأنه ظهر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البينة.

ودلالة الوصف أن المانع من ظهور الصدق في خبره إنكاره المدعى عليه وقد عارضه النكول لأنه كان صادقاً في إنكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه في دعواه.

وقوله: يحتمل أنه نكل تورعاً عن اليمين الصادقة، قلنا هذا احتمال نادر، لأن اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر أن الإنسان لا يرضى بفوات حقه تحرزاً عن مباشرة أمر مشروع، ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعاً. ألا يرى أن البينة حجة القضاء بالإجماع وإن كانت محتملة في الجملة لأنها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب، لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب. كذا هذا.

وأما الحديث فنقول: البينة حجة المدعي، وهذا لا ينفي أن يكون غيرها حجة.

وقوله: لو كان حجة لذكره.

قلنا: يحتمل أنه لم يذكره لما قلتم ويحتمل أنه لم يذكره نصاً مع كونه حجة تسليطاً للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالرأي والاستنباط فلا يكون حجة مع الاحتمال، وأما رد اليمين على المدعي فليس بمشروع لما قلنا من قبل.

وأما حديث المقداد: فلا حجة فيه لأن فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو خارج عن أقاويل الكل فكان مؤولاً عند الكل، ثم تأويله أن المقداد رضي الله عنه ادعى الإيفاء فأنكر سيدنا عثمان رضي الله

---

(١) انظر «مختصر المزني» ص ٣١٦.
(٢) تقدم تخريجه.

عنه فتوجهت اليمين عليه، ونحن به نقول.

هذا إذا نكل عن اليمين في دعوى المال، فإن كان النكول في دعوى القصاص فنقول: لا يخلو إما أن تكون الدعوى في القصاص في النفس وإما أن تكون فيما دون النفس، فإن كان في النفس فعند أبي حنيفة لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال، لكنه يحبس حتى يقر أو يحلف أبداً، وإن كان الدعوى في القصاص في الطرف فإنه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ، وعندهما لا يقضى بالقصاص في النفس والطرف جميعاً ولكن يقضى بالأرش والدية فيهما جميعاً بناءً على أن النكول بذل عند أبي حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والإباحة في الجملة، فإن من وقعت في يده آكلة والعياذ بالله تعالى فأمر غيره بقطعها يباح له قطعها صيانة للنفس. وبه تبين أن الطرف يسلك مسلك الأموال لأنه خلق وقاية للنفس كالمال.

فأما النفس فلا تحتمل البذل والإباحة بحال، وكذا المباح له القطع إذا قطع لا ضمان عليه، والمباح له القتل إذا قتل يضمن فكان الطرف جارياً مجرى المال بخلاف النفس فأمكن القضاء بالنكول في الطرف دون النفس فكان القياس أن لا يستحلف في النفس عنده، كما لا يستحلف في الأشياء السبعة، لأن الاستحلاف للتوسل إلى المقصود المدعى، وهو إحياء حقه بالقضاء بالنكول، ولا يقضى فيها بالنكول أصلاً عنده فكان ينبغي أن لا يستحلف، إلا أنه استحسن في الاستحلاف فيها، لأن الشرع ورد به في القسامة وجعله حقاً مقصوداً في نفسه تعظيماً لأمر الدم وتفخيماً لشأنه لكون اليمين الكاذبة مهلكة فصار بالنكول مانعاً حقاً مستحقاً عليه مقصوداً فيحبس حتى يقر أو يحلف، بخلاف الأشياء السبعة، فإن الاستحلاف فيها للتوسل إلى استيفاء المقصود بالنكول وأنه لا يقع وسيلة إلى هذا المقصود، وعندهما النكول إقرار فيه شبهة العدم لأنه إقرار بطريق السكوت وأنه محتمل، والقصاص يدرأ بالشبهات، وإذا سقط القصاص للشبهة يجب المال، بخلاف شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة أنها لا تقبل في باب القصاص أصلاً، لأن التعذر هناك من جهة من له القصاص وهو عدم الإتيان بحجة مظهرة للحق وهي شهادة شهود أصول مذكور، والتعذر هنا من جهة من عليه القصاص، وهو عدم التنصيص على الإقرار، والأصل أن القصاص إذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية وإذا بطل من جهة من عليه تجب الدية.

وأما في دعوى السرقة إذا حلف على المال ونكل يقضى بالمال لا بالقطع لأن النكول حجة في الأموال دون الحدود الخالصة.

وأما في حد القذف إذا استحلف على ظاهر الرواية فنكل يقضي بالحد في ظاهر الأقاويل لأنه بمنزلة القصاص في الطرف عند أبي حنيفة، وعندهما بمنزلة التعزير. وقال بعضهم: هو بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه بشيء ولا يحلف لأنه حد. وقيل: يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصماً للمدعي، فنقول وبالله التوفيق: إنه يخرج عن كونه خصماً للمدعي بكون يده غير يد المالك، وذلك يعرف بالبينة أو بالإقرار أو بعلم القاضي، نحو ما إذا ادعى على رجل داراً أو ثوباً أو دابة، فقال الذي في يده: هو ملك فلان الغائب أو دعنيه.

وجملة الكلام فيه: أن المدعي لا يخلو إما أن يدعي عليه ملكاً مطلقاً ولم يدع عليه فعلاً أو يدعي عليه فعلاً، فإن ادعى ملكاً مطلقاً ولم يدع عليه فعلاً فقال الذي في يده: أودعنيها فلان الغائب أو رهنها أو آجرها أو أعارها أو غصبتها أو سرقتها أو أخذتها أو انتزعتها أو ضلت منه فوجدتها وأقام البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلماء.

وقال ابن أبي ليلى: تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم. وقال ابن شبرمة: لا تندفع عنه الخصومة أقام البينة أو لم يقم. هذا إذا لم يكن الرجل معروفاً بالافتعال والاحتيال، فإن كان تندفع عنه الخصومة عند أبي حنيفة ومحمد أيضاً، وعند أبي يوسف لا تندفع، وهي المسألة المعروفة بالمخمسة، والحجج تعرف في الجامع.

وكذلك لو ادعى لنفسه والفعل على غير ذي اليد، بأن قال: هذا ملكي غصبه مني فلان لأنه لم يدع على ذي اليد فعلاً فصار في حق ذي اليد دعوى مطلقة، فكان على الخلاف الذي ذكرنا.

فأما إذا ادعى فعلاً على ذي اليد بأن قال: هذه داري أو دابتي أو ثوبي أودعتكها أو غصبتنيها أو سرقتها أو استأجرتها أو ارتهنتها مني؛ وقال الذي في يديه: أنها لفلان الغائب أودعنيها أو غصبتها منه ونحو ذلك وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة.

ووجه الفرق: أن ذا اليد في دعوى الملك المطلق إنما يكون خصماً بيده. ألا ترى أنه لو لم يكن المدعي في يده لم يكن خصماً فإذا أقام البينة على أن اليد لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غائب.

فأما في دعوى الفعل فإنما يكون خصماً بفعله لا بيده، ألا ترى أن الخصومة متوجهة عليه بدون يده، وإذا كان خصماً بفعله بالبينة لا يتبين أن الفعل منه لم يكن فبقي خصماً.

ولو ادعى فعلاً لم يسم فاعله بأن قال: غصبت مني أو أخذت مني فأقام ذو اليد البينة على الإيداع تندفع الخصومة، لأنه ادعى الفعل على مجهول وأنه باطل فالتحق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة لأنه ادعى الفعل على مجهول وأنه باطل فالتحق بالعدم، فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة، ولو قال: سرق مني فالقياس أن تندفع الخصومة كما في الغصب والأخذ، وهو قول محمد وزفر. وفي الاستحسان لا تندفع فرقاً بين الغصب والأخذ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ووجه الفرق يعرف في «**الجامع**».

ولو قال المدعي: هذه الدار كانت لفلان فاشتريتها منه، وقال الذي في يده: أودعني فلان الذي ادعيت الشراء من جهته أو سرقتها منه أو غصبتها تندفع عنه الخصومة من غير إقامة البينة على ذلك لأنه ثبت كون يده يد غيره بتصادقهما أما المدعى عليه فظاهر وأما المدعي فبدعواه الشراء منه لأن الشراء منه لا يصح بدون اليد.

وكذا لو أقام الذي في يديه البينة على إقرار المدعي بذلك، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة، ولو عاينا إقراره لاندفعت الخصومة، كذا هذا، وكذلك إذا علم القاضي بذلك لأن العلم المستفاد له في زمان

القضاء فوق الإقرار لكونه حجة متعدية إلى الناس كافة بمنزلة البينة، وكون الإقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة، ثم لما اندفعت الخصومة بإقرار المدعي فبعلم القاضي أولى.

ولو قال الذي في يديه: ابتعته من فلان الغائب لا تندفع الخصومة، لأنه ادعى الملك واليد لنفسه، وهذا مقر بكونه خصماً فكيف تندفع الخصومة.

ولو أقام المدعي البينة أنه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه: أودعنيه عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بينة لأنهما تصادقا على الوصول إليه من يد عبد الله فأثبتا اليد له وهو غائب، وعلى هذا الأصل مسائل كثيرة في الجامع والله تعالى أعلم.

فصل: وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين فالكلام فيه يقع في موضعين: أحدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين القائمتين على أصل الملك. والثاني في بيان حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك. أما الأول فالأصل أن البينتين إذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر فإن أمكن ترجيح إحداهما على الأخرى يعمل بالراجح لأن البينة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع، وإن تعذر الترجيح فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به، وإن تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه وجب العمل بهما لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان، وإن تعذر العمل بهما أصلاً سقط اعتبارهما والتحقا بالعدم، إذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة.

وجملة الكلام في هذا الفصل: أن الدعوى ثلاثة أنواع: دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق، وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب.

أما دعوى الملك فلا تخلو إما أن تكون من الخارج على ذي اليد، وإما أن تكون من الخارجين على ذي اليد. وإما أن تكون من صاحبي اليد أحدهما على الآخر، فإن كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك وأقاما البينة فلا تخلو إما إن قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت، وإما إن قامتا على ملك مؤقت.

وأما إن قامت إحداهما على ملك مطلق والأخرى على ملك مؤقت، وكل ذلك لا يخلو إما إن كانت بسبب وإما إن كانت بغير سبب، فإن قامتا على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا، وعند الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى.

وجه قوله: أن البينتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بينة ذي اليد باليد فكان العمل بها أولى، ولهذا عمل ببينته في دعوى النكاح.

ولنا: أن البينة حجة المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام: «البَيّنة على المدعي» وذو اليد ليس بمدع فلا تكون البينة حجته، والدليل على أنه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعي أنه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه، والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد لأنه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعياً فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها، ولأن بينة الخارج أظهرت له سبق

الملك فكان القضاء بها أولى، كما إذا وقتت البينتان نصاً ووقتت بينة الخارج دلالة، ودلالة الوصف أنها أظهرت له سبق اليد لأنهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق إلا بعلمهم به، ولا يحصل العلم بالملك إلا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق سوى اليد، فإذا شهدوا للخارج فقد أثبتوا كون المال في يده، وكون المال في يد ذي اليد ظاهراً ثابت للحال، فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقاً ضرورة، وإذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى ببينته، لأنه لما ثبت له الملك واليد في هذه العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده إليه فوجب إعادة يده ورد المال إليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة أنه بأي طريق انتقل إليه، كما إذا عاين القاضي كون المال في يد إنسان ويدعيه لنفسه ثم رآه في يد غيره فإنه يأمره بالرد إليه إذا ادعاه ذلك الرجل إلى أن يبين سبباً صالحاً للانتقال إليه.

وكذا إذا أقر المدعى عليه أن هذا المال كان في يد المدعي فإنه يؤمر بالرد إليه إلى أن يبين بالحجة طريقاً صالحاً للانتقال إليه، كذلك هذا، وصار كما إذا أرخا نصاً وتاريخ أحدهما أسبق لأن هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتاج لأن هناك لم يثبت سبق الخارج لانعدام تصور السبق والتأخير فيه لأن النتاج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر فتترجح بينة صاحب اليد باليد وهنا بخلافه.

هذا إذا قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب، فأما إذا قامتا على ملك موقت من غير سبب، فإن استوى الوقتان يقضى للخارج لأنه بطل اعتبار الوقتين للتعارض فبقي دعوى ملك مطلق، وإن كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى للأسبق وقتاً أيهما كان في قول أبـي حنيفة وأبـي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى.

وروى ابن سماعة عن محمد أنه رجع عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال: لا تقبل من صاحب اليد بينة على وقت وغيره إلا في النتاج، والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن بينة صاحب الوقت الأسبق أظهرت الملك له في وقت لا ينازعه فيه أحد، فيدفع المدعي إلى أن يثبت بالدليل سبباً للانتقال عنه إلى غيره، وإن أقامت إحداهما على ملك مطلق والأخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عندهما ويقضى للخارج، وعند أبـي يوسف يقضى لصاحب الوقت أيهما كان، وروي عن أبـي حنيفة رحمه الله مثله.

وجه قول أبـي يوسف: أن بينة صاحب الوقت أظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعي الملك المطلق بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها لأن الملك المطلق لا يتعارض للوقت فلا تثبت المعارضة بالشك، ولهذا لو ادعى كل واحد من الخارجين على ثالث وأقام كل واحد منهما البينة أنه اشتراه من رجل واحد ووقتت بينة أحدهما وأطلقت الأخرى أنه يقضى لصاحب الوقت. كذا هذا.

ولهما: أن الملك احتمل السبق والتأخير، لأن الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها أسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقي دعوى مطلق الملك فيقضى للخارج، بخلاف الخارجين إذا ادعيا الشراء من رجل واحد، لأن البائع إذا كان واحداً فقد اتفقا على تلقي الملك منه ببيعه وأنه أمر حادث، وقد ظهر بالتاريخ أن شراء صاحب الوقت أسبق،

ولا تاريخ مع الآخر وشراؤه أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ أولى.

هذا إذا قامت البينتان من الخارج وذي اليد على ملك مطلق أو موقت من غير سبب، فأما إذا كان في دعوى ذلك بسبب، فإن كان السبب هو الإرث فكذلك الجواب، حتى لو قامت البينتان على ملك مطلق بسبب الإرث بأن أقام كل واحد منهما البينة على أنه ملكه مات أبوه وتركه ميراثاً له يقضى للخارج بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله.

وكذلك إن قامتا على ملك موقت واستوى الوقتان لأنه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقي دعوى مطلق الملك.

وإن كان أحدهما أسبق من الآخر يقضى لأسبقهما وقتاً أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد الأول، وفي قول محمد الآخر يقضى للخارج لأن دعوى الإرث دعوى ملك الميت فكل واحدة من البينتين أظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكأن الوارثين ادعيا ملكاً مطلقاً أو موقعاً من غير سبب، وهناك الجواب هكذا في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف إلا في فصل واحد، وهو ما إذا قامت إحدى البينتين على ملك مطلق والأخرى على ملك موقت، فإن هنا يقضى للخارج بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين.

وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد يطرد على أصل أبي يوسف فيشكل، وإن كان السبب هو الشراء بأن ادعى الخارج أنه اشترى هذه الدار من صاحب اليد بألف درهم ونقده الثمن، وادعى صاحب اليد أنه اشتراها من الخارج ونقده الثمن، وأقام كل واحد منهما البينة على ذلك، فإن أقاما البينة على الشراء من غير وقت ولا قبض لا تقبل البينتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شيء ويترك المدعي في يد ذي اليد، وعند محمد يقضى بالبينتين ويؤمر بتسليم المدعي إلى الخارج.

وجه قول محمد: أن التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الإمكان، وأمكن التوفيق هنا بين البينتين بتصحيح العقدين، بأن يجعل كأن صاحب اليد اشتراه أولاً من الخارج وقبضه، ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ وقبض، وفي هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به، ولا وجه للقول بالعكس من ذلك بأن يجعل كأن الخارج اشترى أولاً من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لأن في هذا التقدير إفساد العقد الأخير لأنه بيع العقار المبيع قبل القبض وأنه غير جائز عنده، فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قلنا، وإذا صح العقدان يبقى المشتري في يد صاحب اليد فيؤمر بالتسليم إلى الخارج.

وجه قول أبي يوسف وأبي حنيفة: أن كل مشتري يكون مقراً بكون البيع ملكاً للبائع فكان دعوى الشراء من كل واحد منهما إقراراً بملك المبيع لصاحبه فكأن البينتان قائمتين على إقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الإقرارين تناف فتعذر العمل بالبينتين أصلاً، وإن وقت البينتان ووقت الخارج أسبق فإذا لم يذكروا قبضاً يقضى بالدار لصاحب اليد عندهما، وعند محمد يقضى للخارج لأن وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد عند أبي حنيفة

وأبي يوسف، وعند محمد يقضى للخارج، لأن وقت الخارج إذا كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولاً ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد، وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد، وإذا لم يجز بقي على ملك الخارج، وعندهما ذلك جائز فصح البيعان. ولو ذكروا القبض جاز البيعان ويقضى بالدار لصاحب اليد بالإجماع لأن بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان.

وأما إذا كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضاً يقضى بها للخارج لأنه إذا كان وقته أسبق يجعل سابقاً في الشراء كأنه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيؤمر بالدفع إليه.

وكذلك إن ذكروا قبضاً لأنه يقدر كأنه اشترى من صاحب اليد أولاً وقبض ثم اشترى الخارج منه وقبض ثم عادت إلى يد صاحب اليد بوجه آخر وإن كان السبب هو النتاج وهو الولادة في الملك فنقول: لا يخلو إما إن قامت البينتان على النتاج وإما إن قامت إحداهما على النتاج والأخرى على الملك المطلق فإن قامت البينتان على النتاج فلا يخلو إما إن كانت البينتان مطلقتين عن الوقت وإما إن وقتا وقتاً، فإن لم يوقتا وقتاً يقضى لصاحب اليد لأن البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك وقد استوت البينتان في إظهار الأولية فتترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضى ببينته. وقد روي عن جابر رضي الله عنه أن رجلاً ادعى بين يدي رسول الله ﷺ نتاج ناقة في يد رجل وأقام البينة عليه، وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك، فقضى رسول الله ﷺ بالناقة لصاحب اليد وهذا ظاهر مذهب أصحابنا.

وقال عيسى بن أبان من أصحابنا: أنه لا يقضى لصاحب اليد بل تتهاتر البينتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك، وهذا خلاف مذهب أصحابنا، فإنه نص على لفظة القضاء، والترك في يد صاحب اليد لا يكون قضاء حقيقة، وكذا في الحديث الذي رويناه عن النبي ﷺ أنه قضى بذلك لصاحب اليد. وكذلك في دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضى بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد دل أن ما ذكره خلاف مذهب أصحابنا.

ولو أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق عن النتاج فبينة النتاج أولى لما قلنا أنها قامت على أولية الملك لصاحبه فلا تثبت لغيره إلا بالتلقي منه.

وأما إن وقتت البينتان فإن اتفق الوقتان فكذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقي دعوى الملك المطلق، وإن اختلفا بحكم سن الدابة فتقضى لصاحب الوقت الذي وافقه السن لأنه ظهر أن البينة الأخرى كاذبة بيقين، هذا إذا علم سنها فأما إذا أشكل سقط اعتبار التاريخ، لأنه يحتمل أن يكون سنها موافقاً لهذا الوقت، ويحتمل أن يكون موافقاً لذلك الوقت، ويحتمل أن يكون مخالفاً لهما جميعاً فيسقط اعتبارهما، كأنهما سكتا عن التاريخ أصلاً، وإن خالف سنها الوقتين جميعاً سقط الوقت. كذا ذكره في ظاهر الرواية، لأنه ظهر بطلان التوقيت فكأنهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت، وذكر الحاكم في مختصره أن في رواية أبي الليث تتهاتر البينتان. قال وهو الصحيح.

ووجهه: أن سن الدابة إذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان.

والجواب: أن مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين أصلاً ورأساً، وكذلك لو اختلفا في جارية فقال الخارج: إنها ولدت في ملكي من أمتي هذه، وقال صاحب اليد كذلك، يقضى لصاحب اليد لما قلنا، وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعزي وأقام كل واحد منهما بينة أنه له جزه في ملكه يقضى لصاحب اليد. وكذلك لو اختلفا في الغزل وأقام كل واحد منهما البينة أنه له غزله من قطن هو له يقضى لصاحب اليد.

والأصل: أن المنازعة إذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضى لصاحب اليد، فإذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون في معنى النتاج ويقضى للخارج، وإن أشكل الأمر في الملك أنه يحتمل التكرار أو لا يقضى للخارج أيضاً.

فعلى هذا إذا اختلفا في اللبن فأقام كل واحد منهما البينة أنه له حلب في يده وفي ملكه يقضى لصاحب اليد، لأن اللبن الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى النتاج.

وكذلك لو ادعى كل واحد منهما أن الشاة التي حلب منها اللبن نتجت عنده يقضى لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعاً، وكذلك لو اختلفا في جبن وأقام كل واحد منهما البينة أنه له صنعه في ملكه يقضى لصاحب اليد، لأن اللبن الواحد لا يحتمل أن يصنع جبناً مرتين فكان بمنزلة النتاج.

ولو اختلفا في الأرض والنخل وادعى كل واحد منهما أنه أرضه غرس النخل فيها يقضى بها للخارج، لأن هذا ليس في معنى النتاج، لأن النتاج سبب لملك الولد والغرس ليس بسبب الملك الأرض. وكذا الغرس مما يحتمل التكرار فلم يكن في معنى النتاج.

وكذلك لو اختلفا في الحبوب النابتة والقطن النابت ادعى كل واحد منهما أنه له زرعه في أرضه فإنه يقضى بالأرض والحب والقطن للخارج، وكذلك لو اختلفا في البناء ادعى كل واحد منهما أنه بنى على أرضه لما قلنا. ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعى كل واحد منهما أنه صاغه في ملكه يقضى للخارج لأن الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن في معنى النتاج.

ولو اختلفا في ثوب خز أو شعر وأقام كل واحد منهما البينة أنه له نسجه في ملكه فإن علم أن ذلك لا ينسج إلا مرة واحدة يقضى لصاحب اليد لأنه بمنزلة النتاج وإن علم أنه ينسج مرتين يقضى للخارج، وكذا إن كان مشكلاً. وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعى كل واحد منهما أنه طبع في ملكه يرجع في هذا إلى أهل العلم بذلك.

ولو اختلفا في جارية وأقام كل واحد منهما البينة أن أمها أمته وإنها ولدت هذه في ملكه يقضى بالجارية وبأمها للخارج، لأن هذا ليس دعوى النتاج. بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الأم والبينة بينة الخارج في الملك المطلق فيقضى بالأم للخارج ثم يملك الولد بملك الأم، وكذلك لو اختلفا في الشاة مع الصوف وأقام كل واحد منهما البينة أن هذه الشاة مملوكة له وأن هذا صوف هذه الشاة يقضى بالشاة والصوف للخارج لما قلنا.

شاتان إحداهما بيضاء والأخرى سوداء وهما في يد رجل فأقام الخارج البينة على أن الشاة البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه وأقام صاحب اليد البينة على أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده إنها ولدت في ملكه فيقضى للخارج بالبيضاء ولصاحب اليد بالسوداء، لأن بينة الخارج قامت على النتاج في البيضاء، وبينة ذي اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتاج أولى. كذا بينة ذي اليد قامت على النتاج في السوداء وبينة الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتاج أولى.

ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه الجبن فأقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع منه الجبن في ملكه فيقضى للخارج، لأن البينة القائمة على ملك اللبن قائمة على ملك مطلق لا على أولية الملك، فبينة الخارج أولى من دعوى الملك المطلق.

ولو ادعى عبداً في يد إنسان أنه اشتراه من فلان وإنه ولد في ملك الذي اشتراه منه، وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراه من رجل آخر وأنه ولد في ملكه يقضى لصاحب اليد، لأن دعوى الولادة في ملك بائعه بمنزلة دعوى الولادة في ملكه، لأنه تلقى الملك من جهته وهناك يقضى له. كذا هذا.

وكذلك لو ادعى ميراثاً أو هبة أو صدقة أو وصية وإنه ولد في ملك المورث والواهب والموصي فإنه يقضى لصاحب اليد لما قلنا.

ولو ادعى الخارج مع ذي اليد كل واحد منهما النتاج فقضى لصاحب اليد ثم جاء رجل وادعى النتاج وأقام البينة عليه يقضى له إلا أن يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو أولى، لأن القضاء على المدعي الأول لا يكون قضاءً على المدعي الثاني فلم يكن الثاني مقضياً عليه فتسمع البينة منه.

فرق بين الملك وبين العتق أن القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاءً على الناس كافة، والقضاء بالملك على شخص واحد لا يكون قضاء على غيره، وإن كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الأولية وإنه لا يحتمل التكرار كالعتق.

ووجه الفرق: أن العتق حق الله تعالى؛ ألا ترى أن العبد لا يقدر على إبطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه. ولو كان حق العبد لقدر على إبطاله كالرق وإذا كان حق الله تعالى فالناس في إثبات حقوقه خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل، والقضاء على الواحد قضاءً على الكل لاستوائهم في العبودية كالورثة لما قاموا مقام الميت في إثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه فقام الواحد منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة، بخلاف الملك فإنه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب إلا بالإنابة حقيقة أو بثبوت النيابة عنه شرعاً واتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف، ولم يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاءً على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر. وهذا لا يجوز.

ولو شهد الشهود أن هذه الحنطة من زرع حصد من أرض هذا الرجل لم يكن لصاحب الأرض أن أخذها، لأنه يحتمل أن يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك البذر لا ملك الأرض، ألا ترى أن الأرض المغصوبة إذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له، ولو شهدوا أن هذه الحنطة من

زرع هذا، أو هذا التمر من نخل هذا يقضى له، لأن ملك الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل.

ولو قالوا: هذه الحنطة من زرع كان من أرضه لم يقض له، لأنهم لو شهدوا أنه حصد من أرضه لم يقض له فهذا أولى.

ولو شهدوا أن هذا اللبن وهذا الصوف حلاب شاته وصوف شاته لم يقض له لجواز أن تكون الشاة له وحلابها وصوفها لغيره بأن أوصى بذلك لغيره، هذا الذي ذكرنا كله في دعوى الخارج الملك، فأما دعوى الخارجين على ذي اليد الملك فنقول: لا تخلو في الأصل من أحد وجهين: إما أن يدعي كل واحد منهما قدر ما يدعي الآخر، وإما أن يدعي أكثر مما يدعي الآخر، فإن ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعي الآخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا أيضاً وهو أن البينتين إما إن قامتا على ملك مطلق عن الوقت وإما إن قامتا على ملك موقت، وإما إن قامت إحداهما على ملك مطلق والأخرى على ملك موقت، وكل ذلك بسبب أو بغير سبب، فإن قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب فإنه يقضى بالمدعى بينهما نصفان عند أصحابنا.

وللشافعي رحمه الله قولان: في قول تتهاتر[1] البينتان ويترك المدعى في يد صاحب اليد، وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة منهما. وجه قول الشافعي رحمه الله: أن العمل بالبينتين متعذر لتناف بين موجبهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنين على الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعاً، إذ ليس العمل بإحداهما أولى من العمل بالأخرى لاستوائهما في القوة أو ترجح إحداهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة في الجملة.

ولنا: أن البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بالقدر الممكن فإن أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه، وإن لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الآحاد والأقيسة الشرعية إذا تعارضت، وهنا إن تعذر العمل بالبينتين بإظهار الملك في كل المحل أمكن العمل بهما بإظهار الملك في النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف.

ولو قامتا على ملك موقت من غير سبب، فإن استوى الوقتان فكذلك الجواب، لأنه إذا لم يثبت سبق أحدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق، وإن كان وقت أحدهما أسبق من الآخر فالأسبق أولى بالإجماع؛ ولا يجيء هنا خلاف محمد رحمه الله، لأن البينة من الخارج مسموعة بلا خلاف، والبينتان قامتا من الخارجين فكانتا مسموعتين ثم ترجح إحداهما بالتاريخ لأنها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الأخرى فيؤمر بالدفع إليه إلى أن يقوم الدليل على أنه بأي طريق انتقل إليه الملك.

وإن أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى من غير سبب يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة، ولا عبرة للتاريخ، وعند أبي يوسف يقضى لصاحب الوقت وعند محمد يقضى لصاحب الإطلاق.

---

(١) أي تساقطا.

وجه قول محمد: أن البينة القائمة على الملك المطلق أقوى، لأن الملك المطلق ملكه من الأصل حكماً، ألا ترى أنه يظهر في الزوائد وتستحق به الأولاد والأكساب.

وهذا حكم ظهور الملك من الأصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القائمة عليه أقوى فكان القضاء بها أولى.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله ما ذكرنا: أن البينة المؤرخة تظهر الملك في زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ بيقين بل تحتمل المعارضة وعدمها فلا تثبت المعارضة بالشك، فتثبت بينة صاحب التاريخ بلا معارض، فكان صاحب التاريخ أولى.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله ما مر أيضاً: أن الملك الموقت يحتمل أن يكون سابقاً ويحتمل أن يكون متأخراً لاحتمال أن صاحب الإطلاق لو أرخ لكان تاريخه أقدم يثبت السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ فبقي دعوى الملك المطلق. هذا إذا قامت البينتان من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب، فإن كان ذلك بسبب فنقول: لا يخلو إما إن ادعيا الملك بسبب واحد من الإرث أو الشراء أو النتاج ونحوها، وإما إن ادعياه بسببين، فإذ ادعيا الملك بسبب واحد، فإن كان السبب هو الإرث فإن لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا أن الملك الموروث هو ملك الميت بعد موته وإنما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه. ألا ترى أنه يجهز من التركة ويقضى منها ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه، فكأن المورثين حضرا وادعيا ملكاً مطلقاً عن الوقت. وإن وقتا وقتاً فإن كان وقتهما واحداً فكذلك لما مر، وإن كان أحد الوقتين أسبق يقضى لمن هو أسبق وقتاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر أن الموروث ملك الميت والوارث قام مقامه فلم يكن الموت تاريخاً لملك الوارث فسقط التاريخ لملكه والتحق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه.

وعن محمد أنهما إن لم يؤرخا ملك الميتين فكذلك، فأما إذا أرخا ملك الميتين فيقضى لأسبقهما تاريخا، ذكره في «نوادر» هشام وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان: بل الوارث بإقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه فيصير كأنه حضر المورثان وأقام كل واحد منهما بينة مؤرخة وتاريخ أحدهما أسبق، ولو كان كذلك لقضي لأسبقهما وقتاً لإثباته الملك في وقت لا تعارضه فيه بينة الآخر، كذا هذا.

ولو وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى يقضى بينهما نصفان بالإجماع، أما عند محمد فإن التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحق بالعدم، وأما عندهما فيصير كأن المورثين الخارجين حضرا وادعيا ملكاً فأرخه أحدهما ولم يؤرخه الآخر وهناك كان المدعى بينهما نصفين فكذا هنا لأنهما ادعيا تلقي الملك من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ.

وإن كان السبب هو الشراء فنقول: لا تخلو إما أن تكون الدار في يد ثالث وإما أن تكون في يد أحدهما، وكل ذلك لا يخلو إما إن ادعيا الشراء من واحد وأما إن ادعياه من اثنين، فإن كانت في يد ثالث وادعيا الشراء من واحد، فإن كان صاحب اليد وأقاما البينة على الشراء منه بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقاً عن

في قول تتهاتر البينتان، وفي قول التاريخ، وذكر القبض يقضى بينهما نصفين عندنا، وللشافعي فيه قولان، في قول تتهاتر البينتان، وفي قول يقرع بينهما فيقضى لمن خرجت له القرعة وهي مسألة التهاتر وقد تقدمت، وإذا قضي بالدار بينهما نصفين يكون لهما الخيار ان شاء أخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن، وإن شاء نقض لأن غرض كل واحد منهما من الشراء الوصول إلى جميع المبيع ولم يحصل فأوجب ذلك خللا في الرضا فلذلك أثبت لهما الخيار، فإن اختار كل واحد منهما أخذ نصف الدار رجع على البائع بنصف الثمن لأنه لم يحصل له إلا نصف المبيع، وإن اختار الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن لأنه انفسخ البيع، فإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ، فإن كان ذلك بعد قضاء القاضي وتخييره إياهما فليس له أن يأخذ إلا النصف بنصف الثمن، لأن حكم القاضي بذلك أوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود إلا بالتحديد كما إذاقضى القاضي بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم أحدهما الشفعة لا يكون لصاحبه إلا نصف الدار، فأما إذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير القاضي فللآخر أن يأخذ جميع المبيع بجميع الثمن لأن المستحق بالعقد كل البيع والامتناع بحكم المزاحمة، فإذا انقطعت فقد زال المانع كأحد الشفيعين إذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضي بالدار المشفوعة يقضى لصاحبه بالكل.

وكذلك إذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر سوى صاحب اليد وأقام البينة على ذلك يقضى بالدار بينهما نصفين عندنا، وثبت الخيار لكل واحد منهما.

والكلام في توابع الخيار على نحو ما بينا غيرأن هناك الشهادة القائمة على الشراء من صاحب اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل إلا بذكر الملك للبائع، لأن المبيع في الفصل الأول في يد البائع واليد دليل الملك فوقعت الغنية عن ذكره، وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة إلى ذكره لصحة البيع.

هذا إذا لم تؤرخ البينتان، فأما إذا أرختا فإن استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقي دعوى مطلق الشراء، وإن كانت إحداهما أسبق تاريخاً كانت أولى بالإجماع لأنها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الأخرى فتندفع بها الأخرى.

ولو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى فالمؤرخة أولى، لأنها تظهر الملك في زمان معين والأخرى لا تتعرض للوقت فتحتمل السبق والتأخير فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تؤرخ البينتان ولكن ذكرت إحداهما القبض فهي أولى لأنها لما أثبتت قبض المبيع جعل كأن بيع صاحب القبض أسبق فيكون أولى، وكذلك لو ذكرت احداهما تاريخاً والأخرى قبضا فبينة القبض أولى إلا أن تشهد بينة التاريخ أن شراءه قبل شراء الآخر فيقضى له ويرجع الآخر بالثمن على البائع، وكذا لو أرخا تاريخاً واحداً وذكرت إحداهما القبض فبينة القبض أولى إلا إذا كان وقت الأخر أسبق.

هذا إذا ادعيا الشراء من واحد وهو صاحب اليد أو غيره، فأما إذا ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقاً عن الوقت وأقاما البينة على ذلك يقضى بينهما نصفين، لأنهما ادعيا تلقي الملك من البائعين فقاما مقامهما فصار كأن البائعين الخارجين حضرا وأقاما البينة على ملك مطلق، ولو كان كذلك يقضى بينهما

نصفين كذا هذا، ويثبت لهما الخيار، والكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا.

ولو وقتت البينتان فإن كان وقتهما واحداً فكذلك وإن كان أحدهما أسبق من الأخر فالأسبق تاريخاً أولى عند أبـي حنيفة وأبـي يوسف، وكذا عند محمد في رواية الأصول بخلاف الميراث أنه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق له ذكره الداري وهو: أن المشتري يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للميت، وعن محمد في الإملاء أنه سوى بين الميراث والشراء وقال: لا عبرة بالتاريخ في الشراء أيضاً إلا أن يؤرخا ملك البائعين، وإن وقتت إحداهما ولم توقت الأخرى يقضى بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ أيضاً.

فرق بين هذا وبين ما إذا ادعيا الشراء من رجل واحد فوقتت بينة أحدهما وأطلقت الأخرى أن بينة الوقت أولى.

ووجه الفرق: أنهما إذا ادعيا الشراء من اثنين فقد ادعيا تلقي الملك من البائعين فتاريخ إحدى البينتين لا يدل على سبق أحد الشراءين، بل يجوز أن يكون شراء صاحبه أسبق من شرائه فلا يحكم بسبق أحدهما مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين، بخلاف ما إذا ادعيا الشراء من واحد لأن هناك اتفقا على تلقي الملك من واحد فتاريخ إحدى البينتين أوجب تلقي الملك منه في زمان لا ينازعه فيه أحد فيؤمر بالدفع إليه حتى يقوم على التلقي منه دليل آخر.

هذا إذا كانت الدار في يد ثالث، فإن كانت في يد أحدهما فإن ادعيا الشراء من واحد فصاحب اليد أولى، سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ، وسواء ذكر شهود القبض أو لم يذكر، لأن القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حساً ومشاهدة وقبض الآخر لم يثبت إلا ببينة تحتمل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس أولى فصار الحاصل أن القبض الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضاً، والقبض الثابت بالخبر أولى من التاريخ.

وإن ادعيا الشراء من اثنين يقضى للخارج، سواء وقتت البينات أو لا أو وقتت احداهما دون الأخرى، إلا إذا وقتتا ووقت صاحب اليد أسبق لأنهما ادعيا تلقي الملك من البائعين فقاما مقام البائعين، فصار كأن البائعين حضرا وأقاما البينة. ولو كان كذلك يقضى للخارج. كذا هذا. بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لهما بالشراء من جهته ولأحدهما يد فيجعل كأن شراء صاحب اليد أسبق.

وإن كان السبب هو النتاج بأن ادعي كل واحد من الخارجين أنها دابته نتجت عنده، فإن أقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق يقضى بينهما نصفين لاستواء الحجتين وتعذر العمل بهما بإظهار الملك في كل المحل فليعمل بهما بالقدر الممكن.

وإن أقاما البينة على ملك موقت، فإن اتفق الوقتان فكذلك. وإن اختلفا يحكم سن الدابة إن علم وإن أشكل فعند أبـي حنيفة يقضى لأسبقهما وقتاً. وعندهما يقضى بينهما.

وجه قولهما: أن السن إذا أشكل يحتمل أن يكون موافقاً لوقت هذا ويحتمل أن يكون موافقاً لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كأنهما سكتا عن الوقت أصلاً. وجه قول أبـي حنيفة رحمه الله: أن وقوع الإشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقي الحكم للوقت فالأسبق أولى. وهذا يشكل

بالخارج مع ذي اليد. وإن خالف الوقتين جميعاً فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذي اليد. وإن أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على ملك مطلق فبينة النتاج أولى لما مر.

هذا إذا ادعى الخارجان الملك من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتاج. فإن كان بسببين مختلفين فنقول: لا يخلو إما إن كان من اثنين وإما إن كان من واحد. فإن كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بأن ادعى أحدهما أنه اشترى هذه الدابة من فلان وادعى الآخر أن فلاناً آخر وهبها له وقبضها منه قضي بينهما نصفين لأنهما ادعيا تلقي الملك من البائع والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البينة على ملك مرسل. وكذا لو ادعى ثالث ميراثاً عن أبيه فإنه يقسم بينهم أثلاثاً، ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم أرباعاً لما قلنا.

وإن كان ذلك من واحد ينظر إلى السببين فإن كان أحدهما أقوى يعمل به. لأن العمل بالراجح واجب. وإن استويا في القوة يعمل بهما بقدر الإمكان على ما هو سبيل دلائل الشرع.

بيان ذلك: إذا أقام أحدهما البينة أنه اشترى هذه الدار من فلان ونقده الثمن وقبض الدار وأقام الآخر البينة أن فلاناً ذاك وهبها له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لأنه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم إلا بالقبض فكان الشراء أولى. وكذلك الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا. وكذلك الشراء مع الرهن والقبض، لأن الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى. ولو اجتمعت البينتان مع القبض يقضي بينهما نصفين لاستواء السببين وقيل: هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما.

فأما فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشيء على أصل أبـي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين لحصول معنى الشيوع. وقيل: لا فرق بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا، لأن هذا في معنى الشيوع الطارىء لقيام البينة على الكل وأنه لا يمنع الجواز. وكذلك لو اجتمعت الصدقة مع القبض أو الهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين لكن هذا إذا لم يكن المدعى في يد أحدهما فإن كان يقضى لصاحب اليد بازجماع لما مر ولو اجتمع الرهن والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس أن تكون الهبة أولى وكذا الصدقة لأن كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى، وفي الاستحسان الرهن أولى لأن المرهون عندنا مضمون بقدر الدين، فأما الموهوب فليس بمضمون أصلاً. فكان الرهن أقوى ولو اجتمع النكاحان بأن ادعت امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة على أنه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين.

ولو اجتمع النكاح مع الهبة أو الصدقة أو الرهن فالنكاح أولى لأنه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى. ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبـي يوسف وللمرأة نصف نصف القيمة على الزوج، وعند محمد الشراء أولى وللمرأة القيمة على الزوج.

وجه قول محمد: أن الشراء أقوى من النكاح بدليل أنه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر، وكذا لا تصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح، كما لو تزوج على جارية غيره دل إن الشراء أقوى من النكاح.

وجه قول أبي يوسف: أن النكاح مثل الشراء، فإن كان واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه، هذا إذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعي الآخر، فأما إذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعي الآخر بأن ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها وأقاما البينة على ذلك فإنه يقضى لمدعي الكل بثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف بربعها عند أبي حنيفة، وعندهما يقضى لمدعي الكل بثلثي الدار ولمدعي النصف بثلثها، وإنما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة.

وتفسير القسمة بطريق المنازعة: أن ينظر إلى القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالماً لمدعيه.

وتفسير القسمة على طريق العدل والمضاربة: أن تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما في الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا، فلما كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع، فهنا يدعي أحدهما كل الدار والآخر لا ينازعه إلا في النصف فبقي النصف الآخر خالياً عن المنازعة فيسلم لمدعي الكل لأنه يدعي شيئاً لا ينازعه فيه غيره، ومن ادعى شيئاً لا ينازعه فيه غيره يسلم له والنصف الآخر استوت فيه منازعتهما فيقضى بينهما نصفين فكانت القسمة أرباعاً: ثلاثة أرباع الدار لمدعي الكل وربعها لمدعي النصف، ولما كانت القسمة عندهما على طريق المضاربة يقسم الثمن على مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه، فهنا أحدهما يدعي كل الدار والآخر يدعي نصفها فيجعل أخسهما سهما، فجعل نصف الدار بينهما.

وإذا جعل نصف الدار بينهما صار الكل سهمين، فمدعي الكل يدعي سهمين ومدعي النصف يدعي سهماً واحداً، فيعطى هذا سهما وذاك سهمين، فكانت الدار بينهما أثلاثاً: ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف، والصحيح قسمة أبي حنيفة عليه الرحمة، لأن الحاجة إلى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة، ولا منازعة لمدعي الكل إلا في النصف فلا يتحقق التعارض إلا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارض، فكان ما قاله أبو حنيفة عملاً بالدليل بالقدر الممكن وأنه واجب هذا إذا كانت الدار في يد ثالث، فإن كانت في أيديهما فبينة مدعي الكل أولى لأنه خارج، لأنه يدعي على صاحبه النصف الذي في يده، ومدعي النصف لا يدعي شيئاً هو في يد صاحبه، لأنه لا يدعي إلا النصف والنصف في يده فكان مدعي الكل خارجاً ومدعي النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله، هذا إذا ادعى الخارجان شيئاً في يد ثالث فأنكر الذي في يده فأقام البينة. فإن لم يقم لهما بينة وطلبا يمين المنكر يحلف لكل واحد منهما، فإن نكل لهما جميعاً يقضى لهما بالنكول، لأن النكول حجة عندنا.

فإن حلف لأحدهما ونكل للآخر، يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه. وإن حلف لكل واحد منهما يترك المدعى في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق، حتى لو قامت لهما بينة بعد ذلك تقبل بينتهما ويقضى لهما، بخلاف ما إذا أقاما البينة وقضي بينهما نصفين ثم أقام صاحب اليد البينة على أنه ملكه أنه لا تقبل بينته.

وكذا إذا أقام أحد المدعين البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعدما قضي بينهما نصفين لا تسمع بينته.

ووجه الفرق: أن بالترك في يد المدعي عليه لم يكن كل واحد من المدعيين مقضياً عليه حقيقة فتسمع منهما البينة.

فأما صاحب اليد فقد صار مقضياً عليه حقيقة، وكذا كل واحد من المدعيين بعدما قضى بينهما نصفين صار مقضياً عليه في النصف، والبينة من المقضي عليه غير مسموعة، إلا إذا ادعى التلقي من جهة المستحق أو ادعى النتاج.

وكذا لو ادعى بائع المقضي عليه أو بائع بائعه هكذا وأقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته، لأن القضاء عليه قضاء على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى إن لم يكن قضاء عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن إلا إذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بائعه بالثمن فيرجع هذا البائع على بائعه أيضاً هكذا فرق بين هذا وبين الحرية والأصلية أن القضاء بالحرية قضاء على الناس كلهم في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية الرجوع بالثمن على الباعة.

ووجه الفرق بين الملك والعتق على نحو ما ذكرنا من قبل، هذا إذا أنكر الذي في يده فإن أقر به لأحدهما، فنقول: هذا لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كان قبل إقامة البينة، وإما ان كان بعد إقامة البينة، فإن أقر قبل إقامة البينة جاز إقراره ودفع إلى المقر له لأن المدعي في يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالإقرار وغيره.

وإن أقر بعد إقامة البينة قبل التزكية لم يجز إقراره لأنه تضمن إبطال حق الغير وهو البينة فكان إقراراً على غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع إلى المقر له، لأن إقراره في حق نفسه صحيح.

وكذا البينة قد لا تتصل بها التزكية فيؤمر بالدفع إلى المقر له في الحال فإذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لأنه تبين أن المدعى كان بنيهما نصفين فظهر إن إقرار كان إبطالاً لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم.

وإن أقر بعد إقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما لما قلنا: إن إقراره لم يصح فكان ملحقاً بالعدم، هذا كله إذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد أو من الخارجين على ذي اليد، فأما إذا كانت من صاحب اليد أحدهما على الآخر بأن كان المدعى في أيديهما، فإن أقام أحدهما البينة أنه يقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده ترك في يده وهو معنى قضاء الترك.

ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه له يقضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه، ولأن كل واحد منهما في ذلك النصف خارج، ولو لم تقم لاحدهما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لاحدهما بعد ذلك بينة تقبل لأنه لم يصر مقضياً عليه حقيقة.

هذا إذا لم توقت البينتان فإن وقتا فإن اتفق الوقتان فكذلك وإن اختلفا فالأسبق أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وأما عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وإن وقت إحداهما دون الأخرى يكون بينهما عند أبي حنيفة ومحمد والوقت ساقط، وعند أبي يوسف هو لصاحب الوقت وقد مرت الحجج قبل هذا، والله تعالى أعلم.

وأما حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك، فالأصل فيه أن البينة المظهرة للزيادة أولى كما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن، فقال البائع: بعتك هذا العبد بألفي درهم.

وقال المشتري: اشتريته منك بألف درهم وأقاما البينة فإنه يقضى ببينة البائع لأنها تظهر زيادة ألف، وكذا لو اختلفا في قدر المبيع، فقال البائع: بعتك هذا العبد بألف، وقال المشتري: اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقاما البينة يقضى ببينة المشتري لأنها تظهر زيادة.

وكذا لو اختلف الزوجان في قدر المهر، فقال الزوج: تزوجتك على ألف وقالت المرأة: على ألفين وأقاما البينة يقضى ببينة المرأة لأنها تظهر فضلاً، ثم انما كانت بينة الزيادة أولى، لأنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن إلا بالعمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الأصل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة، فقال الشفيع: اشتريتها بألف.

وقال المشتري: بألفين وأقاما البينة أنه يقضى ببينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإن كانت بينة المشتري تظهر الزيادة، لأن البينة إنما تقبل من المدعي لأنها جعلت حجة المدعي في **«الأصل»** والمدعي هناك هو الشفيع لوجود حد المدعي فيه وهو أن يكون مخيراً في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فأما المشتري فمجبور على الخصومة.

ألا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان هو مدعى عليه والبينة حجة المدعي لا حجة المدعى عليه في الأصل لذلك قضي ببينة الشفيع لا ببينة المشتري بخلاف ما إذا اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن، لأن هناك البائع هو المدعي، لأن المخير في الخصومة إن شاء خاصم، وإن شاء لا، وفيما إذا اختلفا في قدر المبيع المدعي هو المشتري.

ألا ترى لو ترك الخصومة يترك، وكذا في باب النكاح المدعي في الحقيقة هو المرأة لما قلنا فهو الفرق، ووجه آخر من الفرق ذكرناه في كتاب الشفعة، وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في أجل الثمن في أصل الأجل أو في قدره وأقاما البينة أن البينة بينة المشتري لأنها تظهر الزيادة، وكذا لو اختلفا في مضيه وأقاما البينة فالبينة بينة المشتري أنه لم يمض لأنها تظهر زيادة.

وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على رأس المال وأقاما البينة بعد تفرقهما أن البينة بينة رب السلم ويقضى بسلم واحد بالإجماع لأنهما اتفقا على أن المسلم إليه لم يقبض إلا رأس مال واحد وإن اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضى بسلم واحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقضى بسلمين.

وجه قول محمد: أن كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة لاختلاف البدلين فيعمل بهما جميعاً ويقضى بسلمين إذ لا تنافي بينهما، ولهما: أنهما اتفقا على عقد واحد وإنما اختلفا في قدر المعقود عليه قدراً أو جنساً أو صفةً وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أقوى.

ولو اختلفا في رأس المال في قدره أو جنسه أو صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم إليه عندهما، وعنده تقبل البينتان جميعاً ويقضى بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا، هذا إذا تصادقا أن رأس المال كان ديناً فإن تصادقا أنه عين واختلفا في المسلم فيه فإن كان رأس المال عيناً واحدة يقضى بسلم واحد كما إذا قال رب السلم: أسلمت إليك هذا الثوب في كر حنطة، وقال المسلم إليه: في كر شعير فالبينة بينة رب السلم، لأن رأس المال إذا كان عيناً واحدة لا يمكن أن يجعل عقدين فيجعل عقداً واحداً وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول وإذا كان عينين بأن قال رب السلم أسلمت: إليك هذا الفرس في كر حنطة وقال المسلم إليه: هذا الثوب في كر شعير يقضي بسلمين بالإجماع لأنه يمكن أن يجعل عقدين فيجعل سلمين. هذا كله إذا كانت الدعوى دعوى الملك فأما دعوى اليد بأن تنازع رجلان في شيء يدعيه كل واحد منهما أنه في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله عليه الصلاة والسلام: «**البَيِّنَةُ على المُدعِي واليمينُ عَلى المُدعى عَلَيه**»[1] ولأن الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة إلى إثبات كل واحد منهما بالبينة، فإن أقاما جميعاً البينة يقضى بكونه في أيديهما لاستوائهما في الحجة.

وإن أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعى عليه، وإن لم تقم لأحدهما بينة فعلى كل واحد منهما اليمين لقوله عليه الصلاة والسلام: «**واليمينُ على مَنْ أَنْكَرْ**»[2] وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف.

هذا كله إذا قامت البينتان على الملك أو على اليد، فأما إذا قامت إحدى البينتين على الملك والأخرى على اليد فبينة الملك أولى نحو ما إذا أقام الخارج البينة على أن الدار له منذ سنتين وأقام ذو اليد البينة على أنها في يده منذ ثلاث سنين يقضى بها للخارج، لأن البينة القائمة على الملك أقوى، لأن اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة كيد الغصب والسرقة واليد المحقة قد تكون يد ملك وقد تكون يد إعارة وإجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة لبينة الملك.

وأما دعوى النسب فالكلام في النسب في الأصل في ثلاثة مواضع: في بيان ما يثبت به النسب، وفي بيان ما يظهر به النسب، وفي بيان صفة النسب الثابت، أما ما يثبت به النسب فالكلام فيه في موضعين:

أحدهما: في بيان ما يثبت به نسب الولد من الرجل.

والثاني: في بيان ما يثبت به نسبه من المرأة.

أما الأول: فنسب الولد من الرجل لا يثبت إلا بالفراش، وهو أن تصير المرأة فراشاً له، لقوله عليه

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

الصلاة والسلام: «**الولدُ للفراشِ وللعَاهِرِ الحجرُ**»[١] وقوله عليه الصلاة والسلام: «**الولدُ للفراشِ**» أي لصاحب الفراش، إلا أنه أضمر المضاف فيه اختصاراً، كما في قوله عز وجل: ﴿**واسأل القرية**﴾[٢] ونحوه، والمراد من الفراش هو المرأة فإنها تسمى فراش الرجل وإزاره ولحافه وفي التفسير في قوله عز شأنه: ﴿**وفرش مرفوعة**﴾[٣] أنها نساء أهل الجنة، فسميت المرأة فراشاً لما أنها تفرش وتبسط بالوطء عادة، ودلالة الحديث من وجوه ثلاثة:

أحدها: أن النبي عليه السلام أخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني، فاقتضى أن لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه، إذ القسمة تنفي الشركة.

والثاني: أنه عليه الصلاة والسلام جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزاني بقوله عليه السلام: وللعاهر الحجر، لأن مثل هذا الكلام يستعمل في النفي.

والثالث: أنه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش، فلو ثبت نسب ولد لمن ليس بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش، وهذا خلاف النص.

فعلى هذا إذا زنى رجل بامرأة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه لانعدام الفراش، وأما المرأة فيثبت نسبه منها لأن الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما نذكر إن شاء الله تعالى، وقد وجدت.

وكذلك لو ادعى رجل عبداً صبياً في يد رجل أنه ابنه من الزنا لم يثبت منه كذبه المولى فيه أو صدقه لما قلنا.

ولو هلك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لأنه أقر أنه مخلوق من مائه، وإن ملك أمه لم تصر أم ولد له لأن أمومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت، وكذلك لو كان هذا العبد لأب المدعي أو عمه لما ذكرنا.

ولو كان لابن المدعي فقال: هو ابني من الزنا يثبت نسبه منه وهو مخطىء في قوله من الزنا، لأنه يصير متملكاً الجارية عندنا قبيل الاستيلاد أو مقارناً له ولا يتحقق الوطء زناً مع ثبوت الملك، ولو كان المدعي غير الأب فقال: هو ابني منها ولم يقل من الزنا، فإن صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبداً لمولى الأم، وإن كذبه لا يثبت النسب للحال، وإذا ملكه المدعي يثبت النسب ويعتق عليه، لأن الإقرار بالبنوة مطلقاً عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي الفراش، إلا أنه لم يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولى، فإذا ملكه زال المانع. وكذلك لو قال: هو ابني من نكاح فاسد أو شراء فاسد، وادعى شبهة بوجه من الوجوه، أو قال: أحلها لي الله، إن صدقه المولى يثبت النسب، وإن كذبه لم يثبت النسب ما دام عبداً، فإذا ملكه يثبت النسب ويعتق عليه، لأن العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب، وكذلك الشبهة فيه ملحقة بالحقيقة فكان هذا إقراراً بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعاً، إلا أنه امتنع ظهوره للحال لحق المولى، فإذا زال ظهر

(١) تقدم تخريجه.
(٢) سورة يوسف، الآية: (٨٢).
(٣) سورة الواقعة، الآية: (٣٤).

وعتق لأنه ملك ابنه، وإن ملك أمها كانت أم ولد له لأنه وجد سبب أمومية الولد وهو ثبوت النسب بناءً على وجود سبب الثبوت وهو الإقرار بالنسب بجهة مصححة له شرعاً، إلا أنها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد، بخلاف الفصل الأول لأن هناك لم يوجد سبب أمومية الولد أصلاً لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الإقرار بجهة مصححة شرعاً.

وعلى هذا إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لأن الفراش له.

وعلى هذا إذا ادعى رجل صبياً في يد امرأة فقال: هو ابني من الزنا وقالت المرأة: هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المرأة، لأن الرجل أقر أنه ابنه من الزنا، والزنا لا يوجب النسب، والمرأة تدعي النكاح والنكاح لا بد له من حجة. وكذلك لو كان الأمر على العكس بأن ادعى الرجل أنه ابنه من النكاح وادعت المرأة أنه من الزنا لما قلنا.

ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الأول: هو من النكاح، أو قالت المرأة بعد ذلك في الفصل الثاني: هو من النكاح يثبت النسب، وإن كان ذلك منهما تناقضاً، لأن التناقض ساقط الاعتبار شرعاً في باب النسب، كما هو ساقط الاعتبار شرعاً في باب العتق لما ذكرنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الثاني: فنسب الولد من المرأة يثبت بالولادة، سواء كان بالنكاح أو بالسفاح لأن اعتبار الفراش إنما عرفناه بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش»[1]، أي لمالك الفراش، ولا فراش للمرأة لأنها مملوكة وليست بمالكه فبقي الحكم في جانبها متعلقاً بالولادة.

وإذا عرفت أن نسب الولد من الرجل لا يثبت إلا إذا صارت المرأة فراشاً له فلا بد من معرفة ما تصير به المرأة فراشاً، وكيفية عمله في ذلك فنقول وبالله التوفيق: المرأة تصير فراشاً بأحد أمرين: أحدهما عقد النكاح، والثاني ملك اليمين، إلا أن عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقداً موضوعاً لحصول الولد شرعاً. قال النبي عليه الصلاة والسلام: **«تناكَحُوا تَوَالَدُوا تكثروا فإني أُباهي بكُم الأُمَمَ يومَ القيامة ولو بالسِّقْط»**[2] وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سبباً مفضياً إلى حصول الولد فكان سبباً لثبات النسب بنفسه، ويستوي فيه النكاح الصحيح والفاسد إذا اتصل به الوطء، لأن النكاح الفاسد ينعقد في حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العقد من أهله في محله، والفاسد ما فاته شرط من شرائط الصحة، وهذا لا يمنع انعقاده في حق الحكم كالبيع الفاسد إلا أنه يمنع من الوطء لغيره. وهذا لا يمنع ثبات النسب، كالوطء في حالة الحيض والنفاس، وسواء كانت المنكوحة حرة أو أمة لأن المقصود من فراش الزوجية لا يختلف.

وأما ملك اليمين ففي أم الولد يوجب الفراش بنفسه أيضاً لأنه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضياً إلى حصول الولد كملك النكاح إلا أنه أضعف منه لأنه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» وفيه: علي بن الربيع وهو ضعيف كما في «مجمع الزوائد» (٤/٢٥٨).

بملك النكاح، وكذا يحتمل النقل إلى غيره بالتزويج وينتفي بمجرد النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح، وأما في الأمة فلا يوجب الفراش بنفسه بالإجماع حتى لا تصير الأمة فراشاً بنفس الملك بلا خلاف، وهل تصير فراشاً بالوطء؟ اختلف فيه. قال أصحابنا رضي الله تعالى عنهم: لا تصير فراشاً إلا بقرينة الدعوة. وقال الشافعي عليه الرحمة: تصير فراشاً بنفس الوطء من غير دعوة. وعبارة مشايخنا رحمهم الله في هذا الباب أن الفراش ثلاثة: فراش قوي وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوي فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفي إلا باللعان، والوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي من غير لعان. والضعيف فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه إلا بالدعوة عندنا خلافاً للشافعي.

وجه قوله: أن ثبات النسب منه لحصول الولد من مائه. وهذا يحصل بالوطء من غير دعوة. لأن الوطء سبب لحصول الولد قصد منه ذلك أو لا.

ولنا: أن وطء الأمة لا يقصد به حصول الولد عادة لأنها لا تشترى للوطء عادة بل للاستخدام والاسترباح. ولو وطئت فلا يقصد به حصول الولد عادة لأن الولد لا يحصل إلا بترك العزل والظاهر في الإماء هو العزل. والعزل بدون رضاهن مشروع فلا يكون وطؤها سبباً لحصول الولد إلا بقرينة الدعوة ولأنه لما ادعى علم بقرينة الدعوة أنه وطئها ولم يعزل عنها. والوطء من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطئها وحصنها ولم يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى عز شأنه بل تلزمه الدعوى والإقرار به. لأنه إذا كان كذلك فالظاهر أنه ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف بين أصحابنا رضي الله تعالى عنهم.

واختلفوا فيما إذا وطئها وحصنها ولكن عزل عنها أو لم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يحل له النفي. وقال أبو يوسف رحمه الله: أحب إلى أن يدعو إذا كان وطئها ولم يعزل عنها وإن لم يحصنها.

وقال محمد عليه الرحمة: أحب إلى أن يعتق ولدها ويستمتع بأمه إلى أن يقرب موته فيعتقها.

وجه قول أبي يوسف: أنه إذا وطئها ولم يعزل عنها احتمل كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال.

وجه قول أبي حنيفة: أنه إذا لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الإقرار به بالشك، لأن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك، كما أن الثابت بيقين لا يزول بالشك.

وجه قول محمد: أنه إذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الإقرار به كما قاله أبو حنيفة رحمه الله ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفي أيضاً كما قاله أبو يوسف لكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بأمه لأن الاستمتاع بالأمة وأم الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق الحرة بعد موته عسى. ويستوي في فراش الملك ملك كل المحل وبعضه وملك الذات وملك اليد في ثبوت النسب.

وبيان ذلك في مسائل: إذا حملت الجارية في ملك رجلين فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسب

الولد منه لأن ما له من الملك أوجب النسب بقدره إلا أن النسب لا يتجزأ فمتى ثبت في البعض يتعدى إلى الكل وتصير الجارية أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد. وهي من مسائل كتاب العتق.

ولو ادعياه جميعاً معاً فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما. وهذا عندنا. وعند الشافعي رحمه الله هو ابن أحدهما ويتعين بقول القائف. وجه قوله: أن خلق ولد واحد من ماء فحلين مستحيل عادة. ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة بذلك إلا في الكلاب على ما قيل فلا يكون الولد إلا من أحدهما ويعرف ذلك بقول القائف. فإن الشرع ورد بقبول قول القائف في النسب. فإنه روى أن قائفاً مرّ بأسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطّى وجوهَهُمَا. وأرجلُهُما باديةٌ فقال: إنّ هذه الأقدامَ يشبه بعضَها بعضاً. **«فسمع رسول الله ﷺ ففرح بذلك حتى كادت تبرق أسارير وجهه عليه الصلاة والسلام»**[1]. فقد اعتبر عليه الصلاة والسلام قول القائف حيث لم يرد عليه. بل قرره بإظهار الفرح.

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه روي أنه وقعت هذه الحادثة في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فكتب إلى شريح لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً، لأن سبب استحقاق النسب بأصل الملك وقد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك حصة للنسب، ثم يتعدى لضرورة عدم التجزي فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال.

وأما فرح النبـي عليه الصلاة والسلام وترك الرد والنكر فاحتمل أنه لم يكن لاعتباره قول القائف حجة بل لوجه آخر وهو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة، فلما قال القائف: ذلك فرح رسول الله ﷺ لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال عندهم والمحتمل لا يصلح حجة.

وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعاً معاً فهو ابنهم جميعاً ثابت نسبه منهم والجارية أم ولد لهم عند أبـي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين، وقال محمد: لا يثبت من أكثر من ثلاثة.

وجه قول أبـي يوسف: أن القياس يأبـى ثبوت النسب من أكثر من رجل واحد لما ذكرنا للشافعي إلا أنا تركنا القياس في رجلين بأثر سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه فبقي حكم الزيادة مردوداً إلى أصل القياس.

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٨٢).
وأخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الفرائض باب القائف (٦٧٧١).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الرضاع باب العمل بإلحاق القائف الولد (١٤٥٩).
وأبو داود في «السنن» كتاب الطلاق باب في القافة بالولد (٢٢٦٨).
والترمذي في «السنن» كتاب الولاء والهبة باب ما جاء في القافة (٢١٢٩).
والنسائي في «السنن» كتاب الطلاق باب القافة (٦/ ١٨٤).
والدارقطني في «السنن» (٤/ ٢٤٠).

وجه قول محمد: أن الحمل الواحد يجوز أن يكون ثلاثة أولاد وكل واحد منهم يجوز أن يخلق من ماء على حدة، وقد جاء عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه أثبت النسب من ثلاثة، فأما الزيادة على الثلاثة في بطن واحد فنادر غاية الندرة فالشرع الوارد في الاثنين يكون وارداً في الثلاثة.

ولأبي حنيفة: أن الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد الاثنين والخمسة فالفصل بين عدد وعدد يكون تحكماً من غير دليل، وسواء كانت الأنصباء متفقة أو مختلفة بأن كان لأحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقي فالولد ابنهم جميعاً فحكم النسب لا يختلف، لأن سبب ثبات النسب هو أصل الملك لا صفة المالك والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما حكم الاستيلاد فيثبت في نصيب كل واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى إلى نصيب غيره. ولو كانت الجارية بين الأب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعاً معاً فالأب أولى عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر رحمه الله يثبت النسب منهما جميعاً، وجه قوله: أنهما استويا في سبب الاستحقاق وهو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق.

ولنا: إن الترجيح لجانب الأب لأن نصف الجارية ملكه حقيقة وله حق تمليك النصف الآخر وليس للابن إلا ملك النصف فكان الأب أولى ويتملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لأنه لا يتجزأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الأجنبيين، ويضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لأن الوطء من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما في الأجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصاً كما في الأجانب، وهذا بخلاف حالة الانفراد، فإن أمة الرجل إذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لأن هناك صار متملكاً الجارية ضرورة صحة الاستيلاد سابقاً عليه أو مقارناً له لانعدام حقيقة الملك فجعل الوطء في الملك وههنا الاستيلاد صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة إلى التملك لصحة الاستيلاد وأنه صحيح بدونه، وإنما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لأنه يحتمل التجزي على ما ذكرنا هو الفرق وكذلك الجد عند عدم الأب لأنه بمنزلة الأب عند عدمه.

ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معاً والأب حي يثبت النسب منهما جميعاً لأن الجد حال قيام الأب بمنزلة الأجنبي، ولو ادعى الولد أحد المالكين وأب المالك الآخر فالمالك أولى، لأن له حقيقة الملك ولأب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى.

هذا كله إذا كان الشريكان المدعيان حرين مسلمين، فإن كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لأن إثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو إلى حقيقة الحرية وأمه إلى حق الحرية.

وكذلك لو كان أحدهما حراً والآخر عبداً مكاتباً فالحر أولى، لأن الولد يصل إلى حقيقة الحرية، ولو كان أحدهما مكاتباً والآخر عبداً فالمكاتب أولى، لأنه حر يداً فكان أنفع للولد، ولو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعاً لكن هل يشترط فيه تصديق المولى؟ فيه روايتان: ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما إذا كان العبد محجوراً وحمل الأخرى على ما إذا كان مأذوناً عملاً بهما جميعاً.

ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى استحساناً، والقياس أن يثبت نسبه منهما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وزفر.

وجه القياس: أن النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في حكمه كما في سائر الأحكام المتعلقة بالملك.

وجه الاستحسان: أن إثبات النسب من المسلم أنفع للصبي لأنه يحكم بإسلامه تبعاً له، وكذلك لو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً فالقياس أن يثبت النسب منهما لاستوائهما في الملك، وفي الاستحسان الكتابي أولى لأنه أقرب إلى الإسلام من المجوسي فكان أنفع للصبي.

ولو كان أحدهما عبداً مسلماً أو مكاتباً مسلماً والآخر حراً كافراً فالحر أولى لأن هذا أنفع للصبي لأنه يمكنه أن يكتسب الإسلام بنفسه إذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال، ولو كان أحدهما ذمياً والآخر مرتداً فهو ابن المرتد لأن ولد المرتد على حكم الإسلام.

ألا ترى أنه إذا بلغ كافراً يجبر على الإسلام، وإذا أجبر عليه فالظاهر أنه يسلم فكان هذا أنفع للصبي.

هذا كله إذا خرجت دعوة الشريكين معاً فأما إذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائناً من كان فهو أولى، لأن النسب إذا ثبت من إنسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان. هذا إذا حملت الجارية في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعاً. فأما إذا كان العلوق قبل الشراء بأن اشترياها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما.

فأما حكم نسب الولد وصيرورة الجارية أم ولد له وضمان نصف قيمة الأم موسراً كان أو معسراً فلا يختلف، ويختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هنا ويجب هناك، لأن الإقرار بالنسب هنا لا يكون إقراراً بالوطء لتيقننا بعدم العلوق في الملك بخلاف الأول، والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما، لأن ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يجز إسناد الدعوى إلى حالة العلوق، إلا أنه ادعى نسب ولد بعضه على ملكه، ودعوى الملك بمنزلة إنشاء الإعتاق.

ولو أعتق هذا الولد يضمن نصيب شريكه منه إن كان موسراً ولم يضمن إن كان معسراً. كذا هذا بخلاف ما إذا علقت الجارية في ملكهما، لأن هناك استندت الدعوة إلى حال العلوق فسقط الضمان وهنا لا تستند فلا بد من إفراد الولد بالضمان والولاء بينهما. وإن ادعياه فهو ابنهما ولا عقر لواحد منهما على صاحبه كما في الأول، ولا يفترقان إلا في الولاء، فإن ثبت هنا لا يثبت هناك لأن الدعوة ثمة دعوة الاستيلاد فيعلق الولد حراً والدعوة هنا دعوة تحرير وأنه يوجب استحقاق الولاء قال عليه الصلاة والسلام: «**الولاء لمن أعتق**» ولو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزوج من غير دعوة، لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر فقد تيقنا أن علوق الولد كان من النكاح، وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية، لأنها صارت أم ولد له فصار متملكاً نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لأنه عتق عليه من غير صنعه. ولو اشترى إخوان جارية حاملاً فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد لأن دعوته دعوة تحرير، فإذا ادعاه فقد حرره، والتحرير إتلاف نصيب

شريكه فيضمن نصف قيمته، ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة، لأن الدعوة من أخيه إعتاق حقيقة فيضاف العتق إليه لا إلى القرابة هذا إذا ولدت الجارية المشتركة ولداً فادعاه أحد الشريكين أو ادعياه جميعاً، فأما إذا ولدت ولدين فادعى كل واحد منهما ولداً على حدة.

فنقول: هذا في الأصل لا يخلو إما إن ولدتهما في بطن واحد وإما إن ولدتهما في بطنين مختلفين، والدعوتان إما إن خرجتا جميعاً معاً، وإما أن سبقت إحداهما الأخرى، فإن ولدت الجارية الولدين في بطن واحد، فإن خرجت الدعوتان جميعاً معاً ثبت نسب الولدين منهما جميعاً، لأن دعوة أحد التوأمين دعوة الآخر لاستحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكانت دعوة أحدهما دعوة الآخر ضرورة، وإن سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لأنه ثبت نسب المدعي، ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر وعتقا جميعاً لعلوقهما حري الأصل وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا ولدتهما في بطن واحد، فأما إذا ولدتهما في بطنين مختلفين، فإن خرجت الدعوتان جميعاً معاً ثبت نسب الأكبر من مدعي الأكبر بلا شك، وصارت الجارية أم ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف العقر لمدعي الأصغر، وهل يثبت نسب الولد الأصغر من مدعي الأصغر، فالقياس أن لا يثبت إلا بتصديق مدعي الأكبر، وفي الاستحسان يثبت.

وجه القياس: أن الجارية صارت أم ولد لمدعي الأكبر لثبوت نسب الأكبر منه، فمدعي الأصغر يدعي ولد أم ولد الغير. ومن ادعى ولد أم ولد الغير لا يثبت نسبه منه إلا بتصديقه ولم يوجد.

وجه الاستحسان: أن مدعي الأكبر غير مدعي الأصغر حيث أخر الدعوة إلى دعوته فصار مدعي الأصغر بتأخير دعوة الأكبر مغروراً من جهته وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعي الأصغر العقر لمدعي الأكبر لكن نصف العقر أو كله ففيه اختلاف الروايتين، والتوفيق بينهما ممكن لأن رواية نصف العقر على مدعي الأصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص وهو النصف. ورواية الكل بيان ما عليه قبله لأن مدعي الأكبر قد غرم نصف العقر لمدعي الأصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصاً فلا يبقى على مدعي الأصغر بعد المقاصة إلا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعي الأصغر قيمة الولد الأصغر لأنه ولد المغرور، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم.

فإذا على مدعي الأصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعي الأكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها أم ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعي الأكبر قصاصاً بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعي الأصغر ويترادان الفضل.

هذا إذا خرجت الدعوتان جميعاً معاً فادعى أحدهما الأكبر والآخر الأصغر، فأما إذا سبق أحدهما بالدعوة فإن ادعى السابق الأكبر أولاً فقد ثبت نسب الأكبر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر. بعد ذلك إذا ادعى الآخر الأصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من

التصديق لثبات النسب، فإن صدقه ثبت النسب ويكون على حكم أمه. وإن كذبه لا يثبت النسب. هذا إذا ادعى السابق بالدعوة الأكبر أولاً.

فأما إذا ادعى الأصغر أولاً ثبت نسب الأصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه الآخر والأكبر يعد رقيق بينهما لأنه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد، فإذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الآخر بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسراً، وإن كان معسراً فله خيار الإعتاق والاستسعاء لا غير. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إن كان موسراً فله تضمين الموسر لا غير، وإن كان معسراً فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق.

ولو قال أحدهما: الأكبر ابني والأصغر ابن شريكي ثبت نسب الأكبر منه وصارت الجارية أم ولد له وضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر لشريكه والأصغر ولد أم ولده أقر بنسبه لشريكه، فإن صدقه شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق، وإن كذبه لا يثبت النسب. وكذلك لو قدم وأخر بأن قال: الأصغر ابني والأكبر ابن شريكي ثبت نسب الأصغر منه ونسب الأكبر موقوف على تصديق شريكه.

ولو قال أحدهما: الأصغر ابني والأكبر ابن شريكي، أو قدم وأخر فقال: الأكبر ابن شريكي والأصغر ابني ثبت نسب الأصغر منه وعتق وصارت الجارية أم ولد له وعتق وضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الأكبر موقوف على تصديق شريكه، فإن صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعي الأصغر نصف قيمة الأكبر، وإن كذبه صار كعبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه بالإعتاق وكذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق.

ولو ولدت جارية في يد إنسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فنقول: لا يخلو إما إن ولدوا في بطن واحد وإما إن ولدوا في بطون مختلفة، ولا يخلو إما إن ادعى أحدهم بعينه وإما إن ادعى أحدهم بغير عينه، فإن ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال: أحد هؤلاء ابني أو عين واحداً منهم فقال: هذا ابني عتقوا وثبت نسب الكل منه، لأن من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقين لأنهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب. وإذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له.

هذا إذا ولدوا في بطن واحد. وأما إذا ولدوا في بطون مختلفة، فقال الأكبر: ولدي ثبت نسبه منه وصارت الجارية أم ولد له، وهل يثبت نسب الأوسط والأصغر؟ القياس أن يثبت، وهو قول زفر رحمه الله، ويكون حكمهما حكم الأم، وفي الاستحسان لا يثبت.

وجه القياس: ظاهر؛ لأنه لما ثبت نسب الأكبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الأوسط والأصغر ولد أم الولد، وولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه ولم يوجد.

وجه الاستحسان: أن النفي فيه وإن لم يوجد نصاً فقد وجد دلالة، وهو الإقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة، فإن ذلك دليل نفي البواقي، إذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى. هذا إذا ادعى الأكبر فأما إذا ادعى الأوسط فهو حر ثابت النسب منه وصارت الجارية

أم ولد له والأكبر رقيق لأنه ولد على ملكه ولم يدعه أحد، وهل يثبت نسب الأصغر فهو على ما ذكرنا من القياس والاستحسان.

هذا إذا ادعى الأوسط فأما إذا ادعى الأصغر فهو حر ثابت النسب والجارية أم ولد له والأكبر والأوسط رقيقان لما ذكرنا. هذا إذا ادعى أحدهم بعينه، فأما إذا ادعى بغير عينه فقال: أحد هؤلاء ابن فإن بين فالحكم فيه ما ذكرنا، وإن مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لأنه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقر أن الجارية أم ولد له وأم الولد تعتق بموت السيد.

وأما حكم الأولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه رضوان الله تعالى عليهم في كتاب العتاق.

عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة رحمه الله ونصف ولأنه للآخر، وعندهما لا يثبت نسبه بناءً على أن الإعتاق يتجزأ عنده فيبقى نصيب المدعي على ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزأ ويعتق الكل فلم يبق للمدعي فيه ملك فلم تصح دعوته. وإن كان العبد كبيراً فكذلك عنده لما ذكرنا أنه يبقى الملك له في نصيبه، وعندهما إن صدقه العبد ثبت النسب وإلا فلا لأنه عتق كله بإعتاق البعض فلا بد من تصديقه.

ويخرج على الأصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من أكسابه أنها تصح ويثبت نسب الولد منه لأن ملك اليد ثابت له وأنه كاف لثبات النسب ولو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعوته إذا لم يكن في المضارب ربح لأنه لا بد لثبات النسب من ملك، ولا ملك للمضارب أصلاً لا ملك الذات ولا ملك اليد إذا لم يكن في المضاربة ربح.

ولو ادعى ولداً من جارية لمولاه ليس من تجارته وادعى أن مولاها أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه إلا بتصديق المولى، لأنه أجنبي عن ملك المولى لانعدام الملك له فيه أصلاً فالتحق بسائر الأجانب إلا في الحد فإن كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه نفذت دعوته لأنه أقر بجهة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه لحق المولى وقد زال.

ولو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح بإذن المولى أو لا، لأن النسب ثبت بالنكاح صحيحاً كان أو فاسداً، وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من أكسابه صحيحة لأن ملك اليد والتصرف ثابت له كالمأذون.

وإذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولا بيع الجارية، أما الولد فلأنه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب، وأما الأم فلأنه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الأداء فمنع من بيعها والعبد المسلم والذمي سواء في دعوى النسب، وكذا المكاتب المسلم والذمي لأن الكفر لا ينافي النسب.

ويستوي في دعوته الاستيلاد وجود الملك وعدمه عند الدعوة بعد أن كان العلوق في الملك، فإن كان العلوق في غير الملك كانت دعوته دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة، فإن كان في ملكه يصح، وإن كان في ملك غيره لا يصح إلا بشرط التصديق أو البينة فنقول: جملة الكلام فيه: أن الدعوة نوعان:

دعوة الاستيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هي: أن يكون علوق المدعي في ملك المدعي، وهذه الدعوة تستند إلى وقت العلوق وتتضمن الإقرار بالوطء فيتبين أنه علق حراً، ودعوة التحرير هو أن يكون علوق المدعي في غير ملك المدعي، وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الإقرار بالوطء لعدم الملك وقت العلوق.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعداً فلم يدع الولد حتى باع الأم والولد ثم ادعى الولد صحت دعوته ويثبت النسب منه وعتق وظهر أن الجارية أم ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها، وهذا استحسان، وفي القياس أن لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت الدعوة.

وجه الاستحسان: أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الولد في الملك، لأن هذه الدعوة تستند إلى وقت العلوق، فإذا كان علوق الولد في ملك المدعي فقد ثبت له حق استحقاق النسب وأنه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع وصحت دعوته وظهر أن الجارية كانت أم ولد فلم يصح بيعها وبيع ولدها فيردها وولدها ويرد الثمن، ولو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر إن كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ وإن لم يحتمله لا يفسخ إلا لضرورة فنقول: بيانه إذا كان المشتري باع الولد أو وهبه أو رهنه أو آجره أو كاتبه فادعاه البائع نقض ذلك وثبت النسب لأن هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ والنقض.

وكذلك لو كان المشتري باع الأم أو كاتبها أو رهنها أو آجرها أو زوجها لما قلنا. ولو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع. لأن العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان إلا لضرورة لأنه يعقبه أثراً لا يحتمل البطلان وهو الولاء. وكذلك لو مات الولد أو قتل لأن الميت مستغن عن النسب. وكذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عبده لم تصح دعوة البائع لما قلنا.

ولو كان المشتري أعتق الأم أو دبرها دون الولد صحت دعوته في الولد ولم تصح في الأم وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الأم لأن المانع من الفسخ خص الأم ولا تصير الجارية أم ولد له، لأن أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير الجارية أم ولد له للحال إلا أن يملكها بوجه من الوجوه، وإذا فسخ البيع في الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الأم يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لأنه إنما صار ولداً بالولادة فتعتبر قيمته يومئذٍ فيسقط قدر قيمة الأم ويرد قدر قيمة الولد.

ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري وأخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه وسلم الأرش للمشتري لأن هذه دعوة الاستيلاد وأنها تستند إلى وقت العلوق، ومن شأن المستند أن يثبت للحال أولاً ثم يستند فيستدعي قيام المحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم في الهالك واليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البائع من الثمن حصة الولد لأنه سلم البدل للمشتري وهو الأرش.

ولو ماتت الأم ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته وثبت النسب، لأن محل النسب قائم وهو الولد

وأمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد. وإن لم تصر الجارية أم ولد له وهل يرد جميع الثمن عند أبي حنيفة نعم، وعندهما لا يرد إلا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما أصاب قيمة الأم يسقط وما أصاب قيمة الولد يرد لأنه ظهر أن الجارية أم ولده، ومن باع أم ولده ثم هلكت عند المشتري لا تكون مضمونة عليه عنده، وعندهما تكون مضمونة عليه.

ولقب المسألة: أن أم الولد غير متقومة من حيث إنها مال عنده. وعندهما متقومة وهي من مسائل العتاق. وعلى هذا إذا باعها والحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه البائع.

وعلى هذا إذا حملت الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه البائع. هذا إذا ولدت ولداً فأما إذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فإن ادعاهما ثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر.

وكذا إذا ادعى أحدهما صحت دعوته ولزمه الولدان جميعاً لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل في النسب لانخلاقهما من ماء واحد. فإن ولدت أحدهما لأقل من سنة والآخر لأكثر من ستة أشهر فادعى أحدهما ثبت نسبهما ويجعل كأنهما ولدتهما جميعاً عند البائع لأقل من ستة أشهر لأنهما كانا جميعاً في البطن وقت البيع.

ولو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الأم. ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع أيضاً سواء كان المشتري ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر.

وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعاً وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الأم أنه لو كان أعتق الأم فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق في الأم وينتقض في الولد لأن العتق لا يحتمل الفسخ مقصوداً وإنما يحتمله للضرورة. وفي الولد ضرورة عدم الاحتمال للانفصال في النسب ولا ضرورة في الأم لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن إثبات النسب في الجملة.

ولو قطعت يد أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان الأرش للمشتري لا للبائع إلا أن يقيم البائع البينة على الدعوة قبل البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعي قيام المحل للحال واليد المقطوعة هالكة فلا يظهر أثر الدعوة فيها. ولو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع.

ووجه الفرق: أن محل حكم الدعوة مقصوداً هو النفس وإنما يظهر في الأطراف تبعاً للنفس وبالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الأرش للمشتري ونفس كل واحد من التوأمين أصل في حكم الدعوة فمتى صحت في أحدهما تصح في الآخر.

وإن كان مقتولاً ضرورة أنه لا يتصور الفصل بينهما في النسب ومتى صحت الدعوة استندت إلى وقت العلوق لأنها دعوة الاستيلاد فتبين أنهما علقا حرين فكان ينبغي أن تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة إلا أنه

وجبت القيمة، لأن صحة هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهراً من وجه مقتصراً على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملاً بشبه الاقتصاد وجعلنا الواجب لورثة المقتول عملاً بشبه الظهور عملاً بالدليلين بقدر الإمكان وكذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل وترك ميراثاً فأخذ ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فإنه يقضى بالحي وأمه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية والميراث من المشتري لما قلنا.

هذا إذا ولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، فإن ولدت لستة أشهر فصاعداً لم تصح دعوة البائع إلا أن يصدقه المشتري لأنا لم نتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاد فتصحح دعوة تحرير ويشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعي وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح إلا إذا صدقه المشتري فتصح، لأنه أقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير في ذلك فثبت نسبه ويكون عبداً لمولاه.

ولو ادعى المشتري نسبه بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لإنسان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك، هذا كله إذا كانت الدعوى من البائع، فإن كانت من المشتري وقد ولدت لأقل من ستة أشهر صحت دعوته وثبت النسب لأن هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لتيقننا أن العلوق لم يكن في الملك فيستدعي قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما مر أن إثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمتنع، ولو ادعاه البائع والمشتري معاً فدعوة البائع أولى، لأن دعوته دعوة استيلاد لوقوع العلوق في الملك وأنها تستند إلى وقت العلوق، ودعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق في غير الملك بيقين وأنها تقتصر على الحال والمستند أولى لأنه سابق في المعنى والأسبق أولى كرجلين ادعيا تلقي الملك من واحد، وتاريخ أحدهما أسبق كان الأسبق أولى، كذا هذا.

وعلى هذا إذا ولدت أمة رجل ولدا في ملكه لستة أشهر فصاعداً فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهة أو لا صدقة الابن في ذلك أو كذبه، لأن الإقرار بنسب الولد إقرار بوطء الجارية، ولأب إذا وطىء جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكاً إياها لحاجته إلى نسب ولد يحيا به ذكره ولا يثبت النسب إلا بالملك وللأب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته إليه. الا ترى أنه يتملك ماله عند حاجته إلى الإنفاق على نفسه، كذا هذا. إلا أن هناك يتملك بغير عوض وهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين، إذ الحاجة هناك إلى إبقاء النفس والحاجة هنا إلى إبقاء الذكر والاسم والتملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض، لأن ما قابله عوض كان تملكاً صورة لا معنى، وقد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل، وحاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين، جانب الابن وجانب الأب وتصديق الابن ليس بشرط، فسواء صدقه الابن في الدعوى والإقرار أو كذبه يثبت النسب، فرقا بين هذا وبين المولى إذا ادعى ولد أمة مكاتبه أنه لا يثبت نسبه منه إلا بتصديق المكاتب.

ووجه الفرق ظاهر لأنه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبياً عنه فوقعت الحاجة إلى تصديقه، وللأب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج إلى تصديقه لصحة هذه الدعوة، لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد

لأقل من ستة أشهر فادعاه الأب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق، وكذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه الأب لم تصح لانعدام الملك وقت الدعوة. وكذا لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لانقطاع الملك فيما بينهما، ثم إنما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق إلى وقت الدعوة شرطاً لصحة هذه الدعوة لأن الملك يثبت مستنداً إلى زمان العلوق ولا يثبت الملك إلا بالتملك ولا تملك إلا بولاية التملك، لأن تملك مال الإنسان عليه كرهاً وتنفيذ التصرف عليه جبراً لا يكون إلا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فإذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق إلى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك، وكذلك الأب لو كان كافراً أو عبداً فادعى لا تصح دعوته لأن الكفر والرق ينفيان الولاية.

ولو كان كافراً فأسلم أو عبداً فأعتق فادعى نظر في ذلك إن ولدت بعد الإسلام أو الإعتاق لأقل من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلوق، وإن ولدت لستة فصاعداً صحت دعوته ويثبت النسب لقيام الولاية. ولو كان معتوهاً فأفاق صحت دعوته استحساناً، والقياس أن لا تصح لأن الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق.

ووجه الاستحسان: أن الجنون أمر عارض كالإغماء، وكل عارض على أصل إذا زال يلتحق بالعدم من الأصل كأنه لم يكن، كما لو أغمي عليه ثم أفاق، ولو كان مرتداً فادعى ولد جارية ابنه فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته، وعندهما صحيحة لنفاذ ولايته بناءً على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده، وعندهما نافذة، وإذا ثبت الولد من الأب فنقول صارت الجارية أم ولد ولا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجب عليه العقر.

وجه قولهما: أن الملك ثبت شرطاً لصحة الاستيلاد، والاستيلاد إيلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الإنزال خالياً عن الملك فيوجب العقر. ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الأجنبيين إذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لأن الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر.

ولنا: أن الإيلاج المنزل المعلق من أوله إلى آخر إيلاج واحد فكان من أوله إلى آخره استيلاداً فلا بد وأن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر بخلاف الجارية المشتركة لأن ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطاً لصحة الاستيلاد وثبات النسب، لأن نصف الجارية ملكه وقيام أصل الملك يكفي لذلك، وإنما يثبت حكماً للثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ وحكم الشيء لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعي صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك له في نصيب شريكه، والوطء في غير الملك يوجب الحد إلا أنه سقط للشبهة فوجب العقر، وهنا التملك ثبت شرطاً لثبوت النسب وصحة الاستيلاد وشرط الشيء يكون سابقاً عليه أو مقارناً له، فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد أيضاً لأنه علق حراً. وإن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لأن ذلك حكم الإعتاق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد، ودعوة الجد أبي الأب ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الأب عند انعدامه أو عند انعدام ولايته.

فأما عند قيام ولايته فلا حتى لو كان الجد نصرانياً وحافده مثله والأب مسلم لم تصح دعوة الجد لقيام ولاية الأب.

وإن كان ميتاً أو كان كافراً أو عبداً تصح دعوة الجد لانقطاع ولاية الأب وكذا إذا كان الأب معتوهاً من وقت العلوق إلى وقت الدعوة صحت دعوة الجد لما قلنا، فإن أفاق ثم ادعى الجد لم تصح دعوته، لأنه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الأصل فعادت ولاية الأب فسقطت ولاية الجد. ولو كان الأب مرتداً فدعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله، فإن قتل على الردة أو مات صحت دعوة الجد، وإن أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفاته، وعندهما لا تصح دعوة الجد لأن تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة. هذا إذا وطىء الأب جارية الابن من غير نكاح. فأما إذا وطئها بالنكاح ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لأن النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحاً كان أو فاسداً ولا يتملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب «النكاح» ويعتق الولد على أخيه بالقرابة، لأن النسب إنما يثبت بعقد النكاح لا يملك اليمين فبقيت الجارية على ملك الابن وقد ملك الابن أخاه فيعتق عليه فإن ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد له لوجود سبب أمومية الولد وهو ثبات النسب إلا أنه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولد له.

هذا كله إذا ادعى الأب ولد جارية ابنه، فأما إذا ادعى ولد أم ولده أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الأب لم يثبت نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه فرق بين ولد أم الولد وبين ولد المدبرة فقال: لا يثبت نسب ولد أم الولد، ويثبت نسب ولد المدبرة من الأب وعليه قيمة الولد والعقر والولاء للابن.

وجه هذه الرواية: أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية لا محالة، فإن نسب ولد الأمة المنكوحة يثبت من الزوج والأمة ملك المولى.

وأما القيمة فلأنه ولد ثابت النسب علق حراً فأشبه ولد المغرور فيكون حراً بالقيمة والولاء للابن لأنه استحقه بالتدبير وأنه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لأن أم الولد فراش لمولاها فكان الولد مولوداً على فراش الابن، والمولود على فراش إنسان لا يثبت نسبه من غيره وإن انتفى عنه بالنفي كما في اللعان، والصحيح جواب ظاهر الرواية، لأن النسب لا يثبت إلا بالملك وأم الولد والمدبرة لا يحتملان التملك ويضمن العقر لأنه إذا لم يتملكها فقد حصل الوطء في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر.

هذا إذا لم يصدقه الابن في الدعوى بعد ما نفاه، فإن صدقه ثبت النسب بالإجماع، لأن نسب ولد جارية الأجنبي يثبت من المدعي بتصديقه في النسب فنسب ولد جارية الابن أولى ويعتق على الابن لأن أخاه ملكه وولاؤه له، لأن الولاء لمن أعتق، ولو ادعى ولد مكاتبة ابنه لم يثبت نسبه منه، لأن النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته إلا إذا عجزت فتنفذ دعوته لأنها إذا عجزت فقد

عادت قناً وجعل المعارض كالعدم من الأصل فصار كما لو ادعى قبل الكتابة والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة أخرى، أما ظهور النسب بالدعوة فيستدعي شرائط صحة الدعوة والإقرار بالنسب وسنذكره في كتاب «الإقرار» إلا أنه قد يظهر بنفس الدعوة وقد لا يظهر إلا بشريطة التصديق، فنقول: جملة الكلام فيه أن المدعي نسبه إما أن يكون في يد نفسه وإما أن لا يكون، فإن كان في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعي إلا إذا صدقه لأنه إذا كان في يد نفسه فإقراره يتضمن إبطال يده فلا تبطل إلا برضاه وإن لم يكن في يد نفسه، فإما أن يكون مملوكاً، وإما إن لم يكن، فإن كان مملوكاً يثبت نسبه بنفس الدعوة إذا كان في ملك المدعي وقت الدعوة، وإن كان في ملك غيره عند الدعوة، فإن كان علوقه في ملك المدعي ثبت نسبه بنفس الدعوة أيضاً، وإن لم يكن علوقه في ملكه لا يثبت نسبه إلا بتصديق المالك على ما ذكرنا، وإن لم يكن مملوكاً فأما إن لم يكن في يد أحد لا في يد غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ، وإما إن كان في يد أحد كاللقيط، فإن لم يكن في يد أحد ثبت نسبه بنفس الدعوة استحساناً، والقياس أن لا يثبت.

وجه القياس: أنه ادعى أمراً جائز الوجود والعدم فلا بد لترجيح أحد الجانبين من مرجح ولم يوجد فلم تصح الدعوة.

وجه الاستحسان: أنه عاقل أخبر بما هو محتمل الثبوت وكل عاقل أخبر بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسيناً للظن به، وهو الأصل إلا إذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول إلى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعي بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره به واجب، ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه منهما عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لا يثبت إلا من أحدهما ويتعين بقبول القافة على ما ذكرنا.

ولو ادعاه أكثر من رجلين فعند أبي حنيفة رحمه الله يثبت نسبه من خمسة وعند أبي يوسف رحمه الله من اثنين، وعند محمد رحمه الله من ثلاثة، وقد مرت المسألة، ولو ادعته امرأتان صحت دعوتهما عند أبي حنيفة وعندهما لا تصح، وسنذكر الحجج من بعد إن شاء الله تعالى.

هذا إذا لم يكن في يد أحد، فإن كان وهو اللقيط ثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحساناً، والقياس: أن لا يثبت إلا بالبينة، وقد ذكرنا وجههما فيما تقدم. وكذا من الخارج صدقه الملتقط في ذلك أو لا استحساناً، والقياس أن لا يثبت إذا كذبه.

وجه القياس: أن هذا إقرار تضمن إبطال يد الملتقط، لأن يده عليه ثابتة حقيقة وشرعاً، حتى لو أراد غيره أن ينزعه من يده جبراً ليحفظه ليس له ذلك والإقرار إذا تضمن إبطال الغير لا يصح.

وجه الاستحسان: أن يد المدعي أنفع للصبي من يد الملتقط لأنه يقوم بحضانته وتربيته ويتشرف بالنسب فكان المدعي به أولى، وسواء كان المدعي مسلماً أو ذمياً استحساناً، والقياس أن لا تصح دعوة الذمي.

ووجهه: أنا لو صححنا دعوته وأثبتنا نسب الولد منه للزمنا استتباعه في دينه وهذا يضر فلا تصح

دعوته. وجه الاستحسان: أنه ادعى أمرين ينفصل أحدهما عن الآخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين، إذ ليس من ضرورة كون الولد منه أن يكون على دينه. ألا يرى أنه لو أسلمت أمه يحكم بإسلامه وإن كان أبوه كافراً فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون مسلماً.

وذكر في «النوادر» أن من التقط لقيطاً فادعاه نصراني فهو ابنه ثم إن كان عليه زي المسلمين فهو مسلم. وإن كان عليه زي الشرك بأن يكون في رقبته صليب ونحو ذلك فهو على دين النصارى.

هذا إذا أقر الذمي أنه ابنه فإن أقام البينة على ذلك فإن كان الشهود من أهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه، لأن هذه شهادة تضمنت إبطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة على المسلم فلا تقبل، وإن كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه فرقاً بين الإقرار وبين البينة، وذلك أنه متهم في إقراره ولا تهمة في الشهادة، وسواء كان المدعي حراً أو عبداً لأنه ادعى شيئين أحدهما يحتمل الفصل على الآخر وهو النسب والرق، فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره.

ولو ادعاه الخارج والملتقط معاً فالملتقط أولى لاستوائهما في الدعوة ونفع الصبي فترجح باليد، فإن سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لأنه ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك إلا أن يقيم البينة، لأن الدعوة لا تعارض البينة.

ولو ادعاه خارجان فإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فالمسلم أولى لأنه يتبعه في الإسلام فكان أنفع للصبي، وكذا إذا ادعته مسلمة وذمية فالمسلمة أولى ولو شهد للذمي مسلمان وللمسلم ذميان فهو للمسلم، لأن الحجتين وإن تعارضتا فإسلام المدعي كاف للترجيح.

ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً فالحر أولى لأنه أنفع للقيط، وإن كانا حرين مسلمين فإن ذكر أحدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الآخر فوافقت دعوته العلامة فصاحبها أولى لرجحان دعواه بالعلامة، لأن الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة. قال الله تبارك وتعالى في قصة سيدنا يوسف عليه أفضل التحية ﴿وَشَهِدَ شاهِدٌ مِنْ أَهلها إنْ كَانَ قميصهُ قُدَّ مِنْ قَبلٍ فصدقتْ وهو من الكاذبين * وإن كان قميصهُ قُدَّ مِنْ دُبرٍ فَكَذَبَتْ وهو مِنَ الصَّادِقِينَ * فَلَما رأى قميصه قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قال: إنه مِنْ كيدكُن إن كيدكنّ عظيمٌ﴾[1] جعل قد القميص من خلف دليل مراودتها إياه لما أن ذلك علامة جذبها إياه إلى نفسها، والقد من قدام علامة دفعها إياه عن نفسها.

وكذلك قال أصحابنا في لؤلئي ودباغ في حانوت واحد هو في أيديهما فيه لؤلؤ وإهاب فتنازعا: إنه فيهما يقضي باللؤلؤ للؤلئي وبالإهاب للدباغ لأن الظاهر يشهد باللؤلؤ للؤلئي وبالإهاب للدباغ.

وكذلك قالوا في الزوجين اختلفا في متاع البيت: أن ما يكون للرجال يجعل في يد الزوج وما يكون للنساء يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على ظاهر الحال وغالب الأمر كذا هذا، فإن ادعى أحدهما علامات في هذا اللقيط فوافق البعض وخالف البعض، ذكر الكرخي رحمه الله أنه يثبت نسبه منهما لأنه وقع

---

(١) سورة يوسف، الآية: (٢٦، ٢٧، ٢٨).

التعارض في العلامات فسقط الترجيح بها كأن سكت عن ذكر العلامة رأساً، وإن لم يذكر أحدهما علامة أصلاً ولكن لأحدهما بينة فإن يقضى له لأن الدعوة لا تعارض البينة وإن لم يكن لأحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعاً وهذا عندنا لاستوائهما في الدعوة.

وعند الشافعي رحمه الله: لا يثبت نسبه إلا من أحدهما ويتعين بقول القافة على ما ذكرنا. والكلام مع الشافعي رحمه الله تقدم. ولو كان المدعي أكثر من رجلين فهو على الخلاف الذي ذكرناه في الجارية المشتركة.

ولو قال أحد المدعيين هو ابني وهو غلام فإذا هو جارية لم يصدق لأنه ظهر كذبه بيقين. ولو قال: أحدهما هو ابني. وقال الآخر: هو ابنتي فإذا هو خنثى يحكم مباله فإن كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعي البنوة وإن كان يبول من مبال النساء فهي ابنة مدعي البنتية. وإن كان يبول منهما جميعاً يعتبر السبق فإن استويا في السبق فهو مشكل عند أبـي حنيفة، وعندهما تعتبر كثرة البول فإن استويا في ذلك فهو مشكل، لأن هذا حكم الخنثى وينبغي أن يثبت نسبه منهما جميعاً.

ولو قال الملتقط: هو ابني من زوجتي هذه فصدقته فهو ابنهما حرة كانت أو أمة غير أنها إن كانت حرة كان الابن حراً بالإجماع وإن كانت أمة كان ملكاً لمولى الأمة عند أبـي يوسف، وعند محمد يكون حراً.

وجه قول محمد: أن نسبه وإن ثبت من الأمة لكن في جعله تبعاً لها في الرق مضرة بالصبـي وفي جعله حراً منفعة له فيتبعها فيما ينفعه ولا يتبعها فيما يضره كالذمي إذا ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه فيما يضره وهو دينه لما قلنا كذا هذا.

وجه قول أبـي يوسف: أن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها أن يكون رقيقاً والرق وإن كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر، ولو ادعته امرأة أنه ابنها وهي حرة أو أمة، ذكر في الأصل أنها لا تصدق على ذلك حتى تقيم البينة أنها ولدته.

وإن أقامت امرأة واحدة على الولادة قبلت إذا كانت حرة عدلة أطلق الجواب في الأصل ولم يفصل بين ما إذا كان لها زوج أم لا، منهم من حمل هذا الجواب على ما إذا كان لها زوج لأنه إذا كان لها زوج كان في تصحيح دعوتها حمل النسب على الغير فلا تصح إلا بالبينة أو بتصديق الزوج، فأما إذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق معنى التحميل فيصح من غيره بينة.

ومنهم من حقق جواب الكتاب وأجرى رواية الأصل على إطلاقها وفرق بين الرجل والمرأة، فقال: يثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها إلا ببينة.

ووجه الفرق: أن النسب في جانب الرجال يثبت بالفراش وفي جانب النساء يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة إلا بدليل وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة، ولو ادعته امرأتان فهو ابنهما عند أبـي حنيفة، وكذا إذا كن خمساً عنده، وعندهما لا يثبت نسب الولد من المرأتين أصلاً.

وجه قولهما: أن النسب في جانب النساء يثبت بالولادة وولادة ولد واحد من امرأتين لا يتصور فلا

يتصور ثبوت النسب منهما بخلاف الرجال، لأن النسب في جانبهم يثبت بالفراش.

ولأبي حنيفة: أن سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحدة منهما وما قالا: إن الحكم في جانبهن متعلق بالولادة فنعم لكن في موضع أمكن وهنا لا يمكن فتعلق بالدعوة وقد ادعياه جميعاً فيثبت نسبه منهما، وعلى هذا لو ادعاه رجل وامرأتان يثبت نسبه من الكل عنده، وعندهما يثبت من الرجل لا غير، ولو ادعاه رجلان وامرأتان كل رجل يدعي أنه ابنه من هذه المرأة والمرأة صدقته فهو ابن الرجلين والمرأتين عند أبي حنيفة، وعندهما ابن الرجلين لا غير.

وأما ظهور النسب بالبينة فنقول وبالله التوفيق: البينة يظهر بها النسب مرة ويتأكد ظهوره أخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعي إذا لم يحتمل الظهور بالدعوة أصلاً لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بأن كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة، وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق إذا انعدم التصديق وظهر أيضاً بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتأكد ظهوره بالبينة كما إذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره، وثبت نسبه من المدعي ثم ادعاه رجل آخر وأقام البينة يقضى له لأن النسب وإن ظهر بنفس الدعوة لكنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة.

وكذا لو ادعاه رجلان معاً ثم أقام أحدهما البينة فصاحب البينة أولى لما قلنا وإذا تعارضت البينتان في النسب فالأصل فيه ما ذكرنا في تعارض البينتين على الملك أنه إن أمكن ترجيح إحداهما على الأخرى يعمل بالراجح، وإن تعذر الترجيح يعمل بهما إلا أن هناك إذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحدة منهما من وجه بقدر الإمكان وهنا يعمل بكل واحدة منهما من كل وجه ويثبت النسب من وجه بقدر الإمكان وهنا يعمل بكل واحدة منهما من كل وجه ويثبت النسب من كل واحد من المدعيين لإمكان إثبات النسب لولد واحد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشيء الواحد مملوكاً لاثنين على الكمال في زمان واحد. إذا عرفنا هذا فنقول: جملة الكلام فيه أن تعارض البينتين إما أن يكون بين الخارج وبين ذي اليد، وإما أن يكون بين الخارجين وبين ذي اليد، فإن كان بين الخارج وذي اليد فبينة ذي اليد أولى لأنهما استويا في البينة فيرجح صاحب اليد باليد، وإن كان بين الخارجين وبين ذي اليد فإن أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الإسلام والحرية والعلامة واليد وقوة الفراش وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح، وإن استويا يعمل بهما ويثبت النسب منهما. وعلى هذا إذا ادعى أحدهما أن اللقيط ابنه وادعى الآخر أنه عبده يقضى للذي ادعى أنه ابنه لأنه يدعي الحرية والآخر يدعي الرق فبينة الحرية أقوى.

وكذلك لو أقام أحدهما البينة أنه ابنه من هذه الحرة وأقام الآخر البينة أنه ابنه من هذه الأمة فهو ابن الحر والحرة لما قلنا.

ولو أقام كل واحد منهما البينة أنه ابنه من امرأة حرة فهو ابن الرجلين وابن المرأتين على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما ابن الرجلين لا غير لما مر. ولو ادعاه رجلان ووقتت بينة كل واحد منهما، فإن استوى الوقتان ثبت النسب منهما لاستواء البينتين، ولو كان وقت إحداهما أسبق بحكم سن الصبي فيعمل عليه لأنه حكم عدل، فإن أشكل سنه فعلى قياس قول أبي حنيفة يقضى لأسبقهما وقتاً، وعندهما

يقضى لهما[١].

وجه قولهما: أنه إذا أشكل السن سقط اعتبار التاريخ أصلاً، كأنهما سكتا عنه، ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه إذا أشكل السن لم يصلح حكماً فبقي الحكم للتاريخ فيرجح الأسبق. ولو ادعى رجل أن اللقيط ابنه وأقام البينة وادعت المرأة أنه ابنها وأقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافي بين ثبوت نسبه منهما، كما إذا ادعاه رجلان بل أولى.

وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامرأة أنه ابنهما وأقام البينة، وادعى رجل آخر وامرأته أن الغلام ابنهما وأقاما البينة ثبت نسب الغلام من الأب والأم الذي ادعاه الغلام أنه ابنهما ويبطل النسب الذي أنكره الغلام، لأن البينتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده، إذ هو في يد نفسه كالخارجين إذا أقاما البينة ولأحدهما يد كان صاحب اليد أولى، كذا هنا.

وكذلك لو كان الغلام نصرانياً فأقام بينة من المسلمين على رجل نصراني وامرأة نصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فبينة الغلام أولى ولا تترجح بينة المدعي المسلم لأنه لا يد له وإن كان مسلماً، وإن كان بينة الغلام من النصارى يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة، لأن شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقي مجرد الدعوة فلا تعارض البينة ويجبر الغلام على الإسلام.

غلام في يد إنسان ادعى صاحب اليد أنه ابنه وولدته أمته هذه في ملكه وأقام البينة على ذلك وادعى خارج أن الغلام ابنه ولدته الأمة في ملكه وأقام البينة، فإن كان الغلام صغيراً لا يتكلم يقضى به لصاحب اليد لاستوائهما في البينة فيرجح صاحب اليد باليد كما في النكاح، وإن كان كبيراً يتكلم فقال: أنا ابن الآخر يقضى بالأمة والغلام للخارج، لأن الغلام إذا كان كبيراً يتكلم في يد نفسه فالبينة التي يدعيها الغلام أولى.

وكذلك لو كان الغلام ولد حرة وهما في يد رجل فأقام صاحب اليد البينة على أنه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعي ذلك وأقام الخارج البينة على ملكه يقضى بالمرأة وبالولد للذي هما في يده لما قلنا، وإن كان الذي في يده من أهل الذمة والمرأة ذمية وأقام شهوداً مسلمين يقضى بالمرأة والولد للذي هما في يده، لأن شهادة المسلمين حجة مطلقة.

ولو أقام الخارج البينة على أنه تزوجها في وقت كذا وأقام الذي في يده البينة على وقت دونه يقضى للخارج، لأنه إذا ثبت سبق أحد النكاحين كان المتأخر منهما فاسداً، فالبينة القائمة على النكاح الصحيح أقوى فكانت أولى، وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى أنه ابن فلان ولدته أمته فلانة على فراشه وذلك الرجل يقول: هو عبدي ولد أمتي التي زوجتها عبدي فلاناً فولدت هذا الغلام منه والعبد حي يدعي ذلك فهو ابن العبد لأنه تعارض الفراشان: فراش النكاح وفراش الملك، وفراش النكاح أقوى لأنه لا ينتفي إلا باللعان، وفراش الملك ينتفي بمجرد النفي فكان فراش النكاح أقوى فكان أولى.

ولو ادعى الغلام أنه ابن العبد من هذه الأمة فأقر العبد بذلك وقامت عليه البينة وادعى المولى أنه ابنه

---

(١) «الخراج بالضمان» ابن حبان باب خيار العيب (١١/ ٤٩٢٧). وأحمد (٦/ ٨٠ و ١١٦) وأبو داود (٣٥١٠) في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، والترمذي تعليقاً (١٢٨٥) والدارقطني (٣/ ٥٣).

فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لأنه ادعى نسبه، والإقرار بالنسب يتضمن الإقرار بالحرية، فإن لم يعمل في النسب يعمل في الحرية. وكذلك لو مات الرجل وترك مالاً فأقام الغلام البينة أنه ابن الميت من أمته، وأقام الآخر البينة أنه عبده ولدته أمته من زوجها فلان والزوج عبده أيضاً والعبد حي يدعي ذلك يقضى له بالنسب لأنه يدعي فراش النكاح وأنه أقوى، فإن كان العبد ميتاً ثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لأن بينة الغلام خلت عن المعارض لانعدام الدعوة من العبد فيجب العمل بها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النساء إذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل النفي أصلاً لأنه في جانبهن يثبت بالولادة ولا مرد لها.

وأما في جانب الرجال فنوعان: نوع يحتمل النفي ونوع لا يحتمله، أما ما يحتمل النفي فنوعان: نوع ينتفي بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفي بنفس النفي بل بواسطة اللعان.

أما الذي ينتفي بنفس النفي فهو نسب ولد أم الولد، لأن فراش أم الولد ضعيف لأنه غير لازم حتى احتمل النقل إلى غيره بالتزويج فاحتمل الانتفاء بنفس النفي من غير الحاجة إلى اللعان. وأما الذي لا ينتفي بمجرد النفي فهو نسب ولد زوجة يجري بينهما اللعان وهو أن يكون الزوجان حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف على ما ذكرنا في كتاب اللعان، لأن فراش النكاح لازم لا يحتمل النقل فكان قوياً فلا يحتمل الانتفاء بنفس النفي ما لم ينضم إليه اللعان، ولهذا إذا كان العلوق بنكاح فاسد أو شبهة نكاح لا ينتفي نسب الولد بالنفي لأن الانتفاء بواسطة اللعان ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجية حقيقة لما علم في كتاب اللعان والله تعالى أعلم.

وأما الذي لا يحتمل النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجري بينهما اللعان، فإذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لا ينتفي نسب الولد بالنفي، وكذا النسب بعد الإقرار به لا يحتمل النفي، لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع إلا أن الإقرار نوعان: نص ودلالة لما ذكرنا في كتاب اللعان.

فصل: وأما حكم تعارض الدعوتين لا غير. أما حكمه في النسب فقد مر ذكره في أثناء مسائل النسب، وأما حكمه في الملك فالكلام فيه في موضعين أحدهما: في حكم تعارض الدعوتين في أصل الملك والثاني: في قدر الملك. أما الأول فسبيل تعارض الدعوتين في أصل الملك ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الإمكان وعند تعذر العمل بهما يقدر الإمكان تصحيحاً للدعوتين بالقدر الممكن.

وبيان ذلك في مسائل: رجلان ادعيا دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فهي للراكب لأنه مستعمل للدابة فكانت في يده. وكذلك إذا كان لأحدهما عليه حمل وللآخر عليه كور معلق أو مخلاة ملعقة فصاحب الحمل أولى لما قلنا. ولو كانا جميعاً راكبين لكن أحدهما في السرج والآخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف رحمه الله: أنها لراكب السرج لقوة يده. وجه ظاهر الرواية: أنهما جميعاً استويا في أصل الاستعمال فكانت الدابة في أيديهما فكانت لهما، ولو كانا جميعاً راكبين في السرج فهي لهما

إجماعاً لاستوائهما في الاستعمال ولو ادعيا عبداً صغيراً لا يعبر عن نفسه وهو في أيديهما فهو بينهما، لأنه إذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهائم فتبقى اليد عليه. ألا ترى أنه لو ادعى صبياً صغيراً مجهول النسب في يده أنه عبده، ثم كبر الصبي فادعى الحرية فالقول قول صاحب اليد ولا تسمع دعوى الحرية إلا ببينة، لأنه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه إلا بدليل.

وبمثله لو ادعى غلاماً كبيراً أنه عبده وقال الغلام: أنا حر فالقول قول الغلام لأنه ادعاه في حال هو في يد نفسه فكان القول قوله، ولو ادعيا عبداً كبيراً فقال العبد: أنا عبد لأحدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك. وكذا إذا كان العبد في يد رجل فأقر أنه لرجل آخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في إقراره أنه لغيره، لأن إقراره بالرق إقرار بسقوط يده عن نفسه فكان في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله أنه لغيره، لأن العبد لا قول له، ولو قال: كنت عبد فلان فأعتقني وأنا حر، فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وروي عن أبي يوسف: أن القول قول العبد ويحكم بحريته لأن العبد متمسك بالأصل، إذ الحرية أصل في بني آدم فكان الظاهر شاهداً له، فالصحيح جواب ظاهر الرواية، لأنه لما أقر أنه كان عبداً فقد أقر بزوال حكم الأصل وثبوت العارض وهو الرق منه فصار الرق فيه هو الأصل فكان الظاهر شاهداً له.

ولو ادعيا ثوباً وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله فاللابس أولى لأنه مستعمل للثوب. ولو ادعيا بساطاً وأحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون الجالس بجلوسه والنوم عليه أولى لاستوائهما في اليد عليه ولو ادعيا داراً وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن. وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر، لأن سكنى الدار وإحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده، ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما.

وكذا إذا كانا جميعاً فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه، ولو وجد خياط يخيط ثوباً في دار إنسان فاختلفا في الثوب، فالقول لصاحب الدار لأن الثوب وإن كان في يد الخياط صورة فهو في يد صاحب الدار معنى، لأن الخياط وما في يده في داره، والدار في يده فما فيها يكون في يده.

حمال خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فإن كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله فهو له، لأن الظاهر شاهد له، وإن كان لا يعرف بذلك فهو لصاحب الدار لأن الظاهر شاهد له.

وكذلك حمال عليه كارة وهو في دار بزاز اختلفا في الكارة، فإن كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول قول الحمال لأن الظاهر شاهد له، وإن كانت مما لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لأن الظاهر شاهد له.

رجل اصطاد طائراً في دار رجل فاختلفا فيه، فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة لم يستول عليه قط فهو للصائد، سواء اصطاده من الهواء أو من الشجر أو الحائط لأنه الآخذ دون صاحب الدار، إذ الصيد لا يصير مأخوذاً بكونه على حائط أو شجرة، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَهُ»[1] وإن اختلفا =

(1) قال في «نصب الراية» (٤/٣١٨) غريب.

فقال صاحب الدار: اصطدته قبلك أو ورثته وأنكر الصائد، فإنه ينظر إن أخذه من الهواء فهو له لأنه الآخذ إذ لا يد لأحد على الهواء، وإن أخذه من جداره أو شجره فهو لصاحب الدار، لأن الجدار والشجر في يده وكذلك إن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الجدار فالقول قول صاحب الدار لأن الأصل أن ما في دار إنسان يكون في يده. هكذا روي عن أبي يوسف مسألة للصيد على هذا الفصل.

ولو ادعيا وأحدهما ساكن فيها فهي للساكن فيها، وكذا لو كان أحدث فيها شيئاً من بناء أو حفر فهي لصاحب البناء والحفر، لأن سكنى الدار وإحداث البناء والحفر تصرف في الدار فكانت في يده، ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج منها فهي بينهما، وكذا لو كانا جميعاً فيها، لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما تثبت بالتصرف فيها ولم يوجد.

ولو ادعيا حائطاً من دارين ولأحدهما عليه جذوع فهو له لأنه مستعمل للحائط. ولو كان لكل واحد منهما جذوع، فإن كانت ثلاثة أو أكثر فهي بينهما نصفان، سواء استوت جذوع كل واحد منهما أو كانت لأحدهما أكثر بعد أن كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع، لأنهما استويا في استعمال الحائط فاستويا في ثبوت اليد عليه.

ولو أراد صاحب البيت أن يتبرع على الآخر بما زاد على الثلاثة ليس له ذلك لكن يقال له: زد أنت أيضاً إلى تمام عدد خشب صاحبك إن أطلق الحائط حملها وإلا فليس لك الزيادة ولا النزع، ولو كان لأحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان، فالقياس أن يكون الحائط بينهما نصفين. وفي الاستحسان لا يكون.

وجه القياس: أن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح، ألا ترى أنه لو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر أربعة كان الحائط بينهما نصفين، وإن كان استعمال أحدهما أكثر دل أن المعتبر أصل الاستعمال لاقدره وقد استويا فيه.

ووجه الاستحسان: أن يقال نعم لكن أصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاثة، لأن الجدار لا يبنى له عادة وإنما يبنى لأكثر من ذلك إلا أن الأكثر مما لانهاية له والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيد به فكان ما وراء موضع الجذوع لصاحب الكثير.

وأما موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الإقرار وإنما لصاحب القليل حق ووضع الجذع لا أصل الملك، وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من الحائط وما رواءه لصاحب الكثير.

= ثم قال: وجدت في كتاب «التذكرة» لأبي عبد الله محمد بن حمدون.

قال: قال إسحاق الموصلي: كنت يوماً عند الرشيد أغنيه وهو يشرب، فدخل الفضل بن الربيع، فقال له: ما وراءك؟ قال: خرج إلى ثلاث جوار: مكية، والأخرى مدنية، والأخرى عراقية، فقبضت المدنيّة على آلتي، فلما أنعظ، قبضت المكية عليه، فقالت المدنية: ما هذا التعدي ألم تعلمي أن مالكاً حدثنا عن الزهري عن عبد الله بن ظالم عن سعيد بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيى أرضاً ميتة فهي له»، فقالت المكية: الم تعلمي أنت أن سفيان حدثنا عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «الصَّيْدُ لمن أخذه، لا لمن أثاره»، فدفعتهما الثالثة عنه، ثم أخذته، وقالت: هذا لي وفي يدي حتى تصطلحا». انتهى كلام الزيلعي.

وجه هذه الرواية: أن صاحب القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه.

وجه رواية الإقرار: ما مر أن الاستعمال لا يحصل بالجذع والجذعين، لأن الحائط لا يبنى له عادة فلم يكن شيء من الحائط في يده فكان كله في يد صاحب الكثير إلا أنه ليس له دفع الجذوع، وإن كان موضع الجذع مملوكاً له لجواز أن يكون أصل الحائط مملوكاً لإنسان وللآخر عليه حق الوضع بخلاف ما لو أقام البينة أن الحائط له لأن له أن يدفع، لأن البينة حجة مطلقة فإذا أقامها تبين أن الوضع من الأصل كان بغير حق ولاية الدفع وليس له ذلك حال عدم البينة لأنا إنما جعلنا الحائط له لظاهر اليد، والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير فهو الفرق.

ولو كان الحائط متصلاً ببناء إحدى الدارين اتصال التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لأنه كالمتعلق به، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى لأنه مستعمل للحائط ولا استعمال من صاحب الاتصال، ولو كان لأحدهما اتصال التزاق وارتباط وللآخر اتصال تربيع فصاحب التربيع أولى، لأن اتصال التربيع أقوى من اتصال الالتزاق، ولو كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع، لكن الكلام في صورة التربيع فنقول: ذكر الطحاوي رحمه الله أن التربيع هو أن يكون أنصاف ألبان الحائط مداخلة حائط إحدى الدارين يبنى كذلك كالأزج والطاقات فكان بمعنى النتاج فكان صاحب الاتصال أولى.

وذكر الكرخي رحمه الله أن تفسير التربيع أن يكون طرفاً هذا الحائط المدعي مداخلين حائط إحدى الدارين، وهذا التفسير منقول عن أبي يوسف رحمه الله فيصير الحاصل أن المداخلة إذا كانت من جانبي الحائط كان صاحب الاتصال أولى بلا خلاف، وإن كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي رحمه الله صاحب الاتصال أولى، وعلى قول الكرخي رحمه الله صاحب الجذوع أولى.

وجه قول الطحاوي ما ذكرنا أن ذلك بمعنى النتاج حيث حدث من بنائه كذلك فكان هو أولى. وجه قول الكرخي: أن المداخلة من الجانبين توجب الاتحاد، وجعل الكل بناءً واحداً فسقط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فملك البعض يوجب ملك الكل ضرورة إلا أنه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله لأن ذلك ليس من ضرورات ملك الأصل، بل يحتمل الانفصال عنه في الجملة، ألا ترى أن السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت السفل هو ملك صاحب السفل ولصاحب العلو عليه حق القرار، حتى لو أراد صاحب السفل رفع السقف منع منه شرعاً، كذا هذا، جاز أن يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق وضع الجذع عليه، بخلاف ما إذا أقام البينة أنه يجبر على الرفع، وقد تقدم وجه الفرق بينهما.

ثم فرع أبو يوسف على ما روي عنه من تفسير التربيع أنه إذا اشترى داراً ولرجل آخر دار يجنب تلك الدار وبينهما حائط وأقام الرجل البينة أنه له فأراد المشتري أن يرجع على البائع بحصته من الثمن إن كان متصلاً ببناء حائط المدعي ليس له أن يرجع على البائع، لأنه إذا كان متصلاً ببنائه لم يتناول البيع فلم يكن مبيعاً فلا يكون للمشتري حق الرجوع وإن لم يكن متصلاً ببناء المدعي وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشتري أن يرجع على البائع بحصة الحائط من الثمن، لأنه إذا كان متصلاً بحائط الدار المبيعة تناوله البيع

فكان مبيعاً فيثبت الرجوع عند الاستحقاق، وإن كان متصلاً بحائط الدار المبيعة وللآخر عليه جذوع لا يرجع، وهذا يؤيد رواية الكرخي أن صاحب الجذوع أولى من صاحب الاتصال إذا كان من جانب واحد.

ولو كان اتصال تربيع واستحق المشتري الرجوع على البائع لا تنزع الجذوع بل تترك على حالها لما ذكرنا، ولو كان لأحدهما عليه سترة أو بناء وصاحبه مقر بأن السترة والبناء له فالحائط لصاحب السترة لأنه مستعمل الحائط بالسترة فكان في يده. ولو لم يكن عليه سترة ولكن لأحدهما عليه مرادي هو القصب الموضوع على رأس الجدار فهو بينهما ولا يستحق بالمرادي والبوادي شيئاً، لأن وضع المرادي على الحائط ليس بأمر مقصود، لأن الحائط لا يبنى له فكان ملحقاً بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق.

ولو كان وجه الحائط إلى أحدهما وظهره إلى الآخر وكان أنصاف اللبن أو الطاقات إلى أحدهما فلا حكم لشيء من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله والحائط بينهما، وعندهما الحائط لمن إليه وجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات، وهذا إذا جعل الوجه وقت البناء حين ما بنى، فأما إذا جعل بعد البناء بالنقش والتطين فلا عبرة بذلك إجماعاً.

وعلى هذا الخلاف إذا ادعيا باباً مغلقاً على حائط بين دارين والغلق إلى أحدهما فالباب لهما عنده، وعندهما لمن إليه الغلق.

ولو كان للباب غلقان من الجانبين فهو لهما إجماعاً، وعلى هذا الخلاف خص بين دارين أو بين كرمين والقمط إلى أحدهما فالخص بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله ولا ينظر إلى القمط، وعندهما الخص لمن إليه القمط.

وجه قولهما: في هذه المسائل: اعتبار العرف والعادة، فإن الناس في العادات يجعلون وجه البناء وأنصاف اللبن والطاقات والغلق والقمط إلى صاحب الدار فيدل على أنه بناؤه فكان في يده.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة، واليد في الماضي لا تدل على اليد وقت الدعوة والحاجة في إثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضى بالملك لأحدهما لكون المدعي في يده تجب عليه اليمين لصاحبه إذا طلب فإن حلف برىء وإن نكل يقضى عليه بالنكول وعلى هذا إذا اختلفا في المرور في دار ولأحدهما باب من داره إلى تلك الدار فلصاحب الدار منع صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البينة إن له في داره طريقاً ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيئاً، لأن فتح الباب إلى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق أصلاً، وقد يكون بحق غير لازم وهو الإباحة فلا يصلح دليلاً على حق المرور في الدار مع الاحتمال.

وكذا لو شهد الشهود أن صاحب الدار كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئاً لاحتمال أن مروره فيها كان غصباً أو إباحة، ولئن دلت على أنه كان لحق المرور لكن في الزمان الماضي، لأن الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال، ولو شهدوا أن له فيها طريقاً فإن حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت شهادتهم، وكذلك إذا لم يحدوه، كذا ذكر في الكتاب.

ومن أصحابنا رحمهم الله من حمل المسألة على ما إذا شهدوا على إقرار صاحب الدار بالطريق، لأن

المشهود به مجهول، وجهالة المشهو به تمنع صحة الشهادة. أما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الإقرار. ومنهم من أجرى جواب الكتاب على إطلاقه، لأن الطريق طوله معلوم وعرضه مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل، وكذلك لو شهدوا أن أباه مات وترك طريقاً في هذه الدار فهو على ما ذكرنا.

وعلى هذا إذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلفا في مسيل الماء فلصاحب الدار أن يمنعه عن التسييل حتى يقيم البينة أن له في هذه الدار مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب بنفس الميزاب شيئاً لما ذكرنا، وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله أن الميزاب إذا كان قديماً فله حق التسييل. وذكر محمد في كتاب الشرب في نهر في أرض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا في ذلك فالقول قول صاحب الماء لأنه إذا كان يسيل فيه الماء كان النهر مشغولاً بالماء فكان النهر مستعملاً به فكان في يده بخلاف الميزاب، فإن موضوع المسألة فيما إذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف، حتى لو كان فيه ماء كان حكمه حكم النهر. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو شهدوا أنهم رأوا الماء يسيل في الميزاب فليست هذه الشهادة بشيء، لأن التسييل قد يكون بغير حق، وكذا الشهادة ما قامت بحق كائن على ما مر. ولو شهدوا أن له حقاً في الدار من حيث التسييل، فإن بينوا أنه لماء المطر فهو لماء المطر، وإن بينوا أنه مسيل ماء دائم للغسل والوضوء فهو كذلك، وإن لم يبينوا تقبل شهادتهم أيضاً، ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه أنه للغسل والوضوء أو لماء المطر، لأن أصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين، وإن لم يكن للمدعي بينة أصلاً يستحلف صاحب الدار على ذلك، فإن حلف بريء وإن نكل يقضى بالنكول كما في باب الأموال. وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لأحدهما على ما ذكرنا في كتاب النكاح، والله تعالى أعلم.

فصل: وأما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فهو كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن أو المبيع، فنقول جملة الكلام فيه أن المتبايعين إذا اختلفا فلا يخو إما إن اختلفا في الثمن، وإما إن اختلفا في المبيع، فإن اختلفا في الثمن فلا يخلو إما إن اختلفا في قدر الثمن وإما إن اختلفا في جنسه وإما إن اختلفا في وقته وهو الأجل. فإن اختلفا في قدره بأن قال البائع: بعت منك هذا العبد بألفي درهم وقال المشتري: اشتريت بألف. فهذا لا يخلو إما إن كانت السلعة قائمة وإما إن كانت هالكة. فإن كانت قائمة فأما إن كانت قائمة على حالها لم تتغير. وأما إن تغيرت إلى الزيادة أو إلى النقصان. فإن كانت قائمة على حالها لم تتغير تحالفا وترادا. سواء كان قبل القبض أو بعده. أما قبل القبض فلأن كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه من وجه. لأن البائع يدعي على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر. والمشتري يدعي على البائع تسليم المبيع إليه عند أداء الألف وهو ينكر فيتحالفان لقوله عليه الصلاة والسلام: «واليمينُ عَلَى مَنْ أَنكرَ»[1] وأما بعد القبض فكان ينبغي أن لا يحلف البائع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لأن المشتري لا يدعي على البائع شيئاً لسلامة

---

(١) تقدم تخريجه.

المبيع له. والبائع يدعي على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه. إلا أنا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختَلَفَ المتَبَايعَانِ تَحَالَفَا وترَادَّا»[1] ويبدأ بيمين المشتري في ظاهر الرواية. وهو قول محمد وأبي يوسف الآخر.

وفي قوله: الأول يبدأ بيمين البائع ويقال: إنه قول أبي حنيفة رحمه الله.

والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن اليمين وظيفة المنكر. والمشتري أشد إنكاراً من البائع. لأنه منكر في الحالين جميعاً قبل القبض وبعده. والبائع بعد القبض ليس بمنكر. لأن المشتري لا يدعي عليه شيئاً فكان أشد إنكاراً منه، وقبل القبض إن كان منكراً لكن المشتري أسبق إنكاراً منه لأنه يطالب أولاً بتسليم الثمن حتى يصير عيناً وهو ينكر فكان أسبق إنكاراً من البائع فيبدأ بيمينه. فإن نكل لزمه دعوى البائع لأن النكول بذل أو إقرار. وإن حلف يحلف البائع. ثم إذا تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف أو يحتاج فيه إلى فسخ القاضي.

اختلف المشايخ رحمهم الله فيه. قال بعضهم: ينفسخ. بنفس التحالف لأنهما إذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فينفسخ.

وقال بعضهم: لا ينفسخ إلا بفسخ القاضي عند طلبهما أو طلب أحدهما وهو الصحيح. حتى لو أراد أحدهما إمضاء البيع بما يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد، لأن احتمال الفائدة ثابت لاحتمال التصديق من أحدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم لأنه انعقد بيقين فلا يزول لاحتمال عدم الفائدة على الأصل المعهود في الثابت بيقين لأنه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ إلا بفسخ القاضي، وله أن يفسخ لانعدام الفائدة للحال، ولأن المنازعة لا تندفع إلا بفسخ القاضي لأنهما لما تحالفا صار الثمن مجهولاً فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع إلا بالقضاء بالفسخ.

هذا إذا كانت السلعة قائمة بعينها من غير تغير، فأما إذا كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن، فلا يخلو أما إن تغيرت إلى الزيادة وإما إن تغيرت إلى النقصان، فإن كان التغيير إلى الزيادة، فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله: لا تمنع ويرد المشتري العين بناءً على أن هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما في عقود المعاوضات فتمنع التحالف، وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع التحالف.

وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل، كالصبغ في الثوب والبناء والغرس في الأرض، فكذلك تمنع التحالف عندهما، وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة لمن هما عنده، لأن هذا النوع من الزيادة بمنزلة الهلاك، وهلاك السلعة يمنع التحالف عندهما، وعنده لا يمنع ويرد المشتري الزيادة. وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد والأرش والعقر فهو على هذا الاختلاف.

وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل كالموهوب في المكسوب لا تمنع التحالف إجماعاً

(١) تقدم تخريجه.

فيتحالفان ويرد المشتري العين لأن هذه الزيادة لا تمنع الفسخ في عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف.

وكذا هي ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع التحالف. وإذا تحالفا يرد المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة له لأنها حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الحنث فيها.

هذا إذا تغيرت السلعة إلى الزيادة فأما إذا تغيرت إلى النقصان في يد المشتري فنذكر حكمه إن شاء الله تعالى.

هذا إذا كانت السلعة قائمة. فأما إذا كانت هالكة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. والقول قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن. فإن حلف لزمه ما أقر به. وإن نكل لزمه دعوى صاحبه. وعند محمد رحمه الله يتحالفان ويرد المشتري القيمة. فإن اختلفا في مقدار القيمة على قوله كان القول قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة. ولقب المسألة: أن هلاك السلعة هل يمنع التحالف؟ عندهما يمنع، وعنده لا يمنع. واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام: **«إِذَا اختلفَ المتبايعَانِ تحالَفَا وتَرَادَّا»**[(١)].

أثبت عليه الصلاة والسلام التحالف مطلقاً عن شرط قيام السلعة ولا يقال: ورد هنا نص خاص مقيد بحال قيام السلعة. وهو قوله عليه الصلاة والسلام: **«إِذَا اختلفَ المتبايعانِ والسِّلْعَةُ قائمةٌ بعينها تحالفا وترادّا»**[(٢)] لأن المذهب عندنا أن المطلق لا يحمل على المقيد لما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل يجري المطلق على إطلاقه والمقيد على تقييده. فكان جريان التحالف حال قيام السلعة ثابتاً بنصين وحال هلاكها ثابتاً بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما فيجب العمل بهما جميعاً.

ولهما: الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: **«واليَمينُ على مَنْ أَنكَرَ»**[(٣)] فبقي التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لأنه عليه الصلاة والسلام أوجب جنس اليمين على جنس المنكرين. فلو وجبت يمين لا على منكر لم يكن جنس اليمين على جنس المنكرين. وهذا خلاف النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري. لأن البائع يدعي عليه زيادة ثمن وهو ينكر.

فأما الإنكار من قبل البائع فلأن المشتري لا يدعي عليه شيئاً فكان ينبغي أن لا يجب التحالف حال قيام السلعة أيضاً إلا أنا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله عليه السلام: إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا.

وهذا القيد ثابت في النص الآخر أيضاً دلالة لأنه قال عليه الصلاة والسلام: وترادا. والتراد لا يكون إلا حال قيام السلعة فبقي التحالف حال هلاك السلعة منبتاً بالخبر المشهور، ويستوي هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف أصلاً عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف هلاك السلعة يمنع التحالف في قدر الهالك لا غير، وعند محمد لا يمنع أصلاً حتى لو اشترى عبدين فقبضهما ثم هلك أحدهما ثم اختلفا في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند أبي حنيفة

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

ولا يتحالفان إلا أن يرضي البائع أن يأخذ القائم ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً فحينئذٍ يتحالفان.

وعند أبي يوسف لا يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان على القائم ويترادان، وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك؛ أما محمد رحمه الله فقد مر على أصله لأن هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى.

وكذلك لأبي يوسف لأن المانع من التحالف هو الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقديراً للحكم بقدر العلة، ولأبي حنيفة: أن الحديث ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا إلا أنا عرفنا ذلك بنص خاص والنص ورد في حال قيام كل السلعة فبقي التحالف حال هلاك بعضها منفياً بالحديث المشهور، ولأن قدر الثمن الذي يقابل القائم مجهول لا يعرف إلا بالحزر والظن فلا يجوز التحالف عليه إلا إذا شاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً فحينئذٍ يتحالفان لأنه رضي أن يكون الثمن كله بمقابلة القائم فيخرج الهالك عن العقد كأنه ما وقع العقد عليه وإنما وقع على القيام فيتحالفان عليه وسواء كان هلاك المبيع حقيقةً أو حكماً بأن خرج عن ملك المشتري بسبب من الأسباب، لأن الهالك حكماً يلحق بالهالك حقيقة، وقد مر الاختلاف فيه وسواء خرج كله أو بعضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فخروج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما، لأن التحالف هنا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع، وهذا لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يأخذ القائم وحصة الخارج من الثمن بقول المشتري فحينئذٍ يتحالفان على القائم ويرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند أبي يوسف، فأما عند أبي حنيفة فلا يتحالفان في الأحوال كلها، وأما عند محمد فيتحالفان، لأن الحقيقي لا يمنع التحالف عنده فالحكمي أولى ثم هلاك الكل بأن خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض أولى، وإذا تحالفا عنده، فإن هلك كل المبيع بأن خرج كله عن ملكه يرد المشتري القيمة إن لم يكن مثلياً والمثل إن كان مثلياً.

وإن هلك بعضه بأن خرج البعض عن ملكه دون البعض ينظر إن كان المبيع مما في تبعيضه ضرر أو في تشقيصه عيب فالبائع بعد التحالف بالخيار إن شاء أخذ الباقي وقيمة الهالك وإن شاء ترك الباقي وأخذ قيمة الكل، وإن كان المبيع مما لا ضرر في تبعيضه ولا عيب في تشقيصه فللبائع أن يأخذ الباقي ومثل الفائت إن كان مثلياً وقيمته إن لم يكن مثلياً.

ولو خرجت السلعة عن ملك المشتري ثم عادت إله ثم اختلفا في مقدار الثمن نظر في ذلك إن كان العود فسخاً بأن وجد به عيباً فرده بقضاء القاضي يتحالفان ويرد العين لأن الفسخ رفع من الأصل فجعل كأنه لم يكن وإذا لم يكن العود فسخاً بأن كان ملكاً جديداً لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، لأن العود إذا لم يكن فسخاً لا يتبين أن الهلاك لم يكن والهلاك يمنع التحالف عندهما، وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لا العين.

وكذلك لو لم يخرج المبيع عن ملكه لكنه صار بحال يمنع الرد بالعيب: إما بالزيادة وإما بالنقصان، أما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه، وأما حكم النقصان فيخرج على هذا الأصل، لأن النقصان من باب الهلاك فنقول: إذا انتقص المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن لم يتحالفا عندهما سواء كان

النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي أو بفعل البائع، لأن نقصان المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل على أصل أبي حنيفة رضي الله عنه فلا يتحالفان والقول قول المشتري إلا إذا كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ورضي البائع أن يأخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لأجل النقصان شيئاً فحينئذٍ يتحالفان ويترادان، وعند محمد يتحالفان ثم البائع بعد التحالف بالخيار إن شاء أخذ المبيع ناقصاً ولا يأخذ لأجل النقصان شيئاً وإن شاء ترك وأخذ القيمة.

وقال بعضهم: على قول محمد إن اختار أخذ العين يأخذ معها النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد، وإن كان النقصان بفعل الأجنبي أو بفعل البائع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده، وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري مع يمينه هذا إذا اختلفا في قدر الثمن، فأما إذا اختلفا في جنسه بأن قال أحدهما: الثمن عين، وقال الآخر: هو دين فإن كان مدعي العين هو البائع بأن قال للمشتري: بعت منك جاريتي بعبدك هذا.

وقال المشتري للبائع: اشتريتها منك بألف درهم، فإن كانت الجارية قائمة تحالفا وتردا لقوله عليه الصلاة والسلام: «**إذَا اختلفَ المتبايعان، والسلعة قائمة، تحالفا وترادا**»[1] من غير فصل بين ما إذا كان الاختلاف في قدر الثمن أو في جنسه.

وإن كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف والقول قول المشتري في الثمن مع يمينه، وعند محمد يتحالفان وهي مسألة هلاك السلعة وقد مرت، وإن كان مدعي العين هو المشتري بأن قال: اشتريت جاريتك بعبدي هذا.

وقال البائع: بعتها منك بألف درهم أو بمائة دينار، فإن كانت الجارية قائمة يتحالفان بالنص، وإن كانت هالكة يتحالفان أيضاً إجماعاً ويرد المشتري القيمة أما على أصل محمد فظاهر، لأن هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف، وأما على أصلهما فلأن وجوب اليمين على المشتري ظاهر أيضاً، لأن البائع يدعي عليه ثمن الجارية ألف درهم وهو ينكر.

وأما وجوب اليمين على البائع فلأن المشتري يدعي عليه إلزم العين وهو ينكر فكان كل واحد منهما مدعياً من وجه منكراً من وجه فيتحالفان، ولو كان البائع يدعي عيناً والبعض ديناً والمشتري يدعي الكل ديناً بأن قال البائع: بعت منك جاريتي بعبدك هذا وبألف درهم.

وقال المشتري: اشتريت جاريتك بألف درهم، فإن كان المبيع وهو الجارية قائماً تحالفا بالنص، وإن كان هالكاً فهو على الاختلاف، ولو كان الأمر على العكس من ذلك كأن يدعي البعض عيناً والبعض ديناً والبائع يدعي الكل ديناً بأن قال المشتري: اشتريت منك جاريتك بعبدي هذا وبألف درهم وقيمة العبد خمسمائة.

وقال البائع: بعتك جاريتي هذه بألف درهم، فإن كانت الجارية قائمة تحالفا وترادا بالنص، وإن كانت

(١) تقدم تخريجه.

هالكة يتحالفان أيضاً إجماعاً إلا أن عندهما تقسم الجارية على قيمة العبد وعلى ألف درهم فما كان بإزاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة وما كان بإزاء الدين وهو الألف وذلك ثلثا الجارية يرد ألف درهم ولا يرد القيمة وإنما كان كذلك لأن المشتري لو كان يدعي كل الثمن عيناً كانا يتحالفان ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا.

ولو كان كل الثمن ديناً لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر، فإذا كان يدعي بعض الثمن عيناً وبعضه ديناً يرد القيمة بإزاء العين فالقول قوله بإزاء الدين اعتباراً للبعض بالكل، وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن.

هذا إذا اختلفا في جنس الثمن، فأما إذا اختلفا في وقته وهو الأجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فنقول: هذا لا يخلو من أربعة أوجه: إما إن اختلفا في أصل الأجل، وإما إن اختلفا في قدره، وإما إن اختلفا في مضيه، وإما إن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً، فإن اختلفا في أصله لا يتحالفان والقول قول البائع مع يمينه، لأن الأجل أمر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده، ولأن الأصل في الثمن هو الحلول والتأجيل عارض فكان القول قول من يدعي الأصل، وإن اختلفا في قدره فالقول قوله أيضاً لما قلنا.

وإن اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على أصله وقدره فالقول قول المشتري أنه لم يمض، لأن الأجل صار حقاً له بتصادقهما فكان القول فيه قوله، وإن اختلفا في القدر والمضي جميعاً، فقال البائع: الأجل شهر وقد مضى، وقال المشتري: شهران ولم يمضيا فالقول قول البائع في القدر والقول قول المشتري في المضي فيجعل الأجل شهراً لم يمض، لأن الظاهر يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضي على ما مر.

هذا إذا هلك المبيع كله أو بعضه حقيقة أو حكماً، فأما إذا هلك العاقدان أو أحدهما والمبيع قائم فاختلف ورثتهما أو الحي منهما وورثة الميت، فإن كانت السلعة غير مقبوضة تحالفا وترادا، لأن للقبض شبها بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجري بينهما التحالف إلا أن الوارث يحلف على العلم لا على البتات لأنه يحلف على فعل الغير ولا علم له به، وإن كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عندهما، والقول قول المشتري أو ورثته بعد موته، وعند محمد يتحالفان.

والأصل أن هلاك العاقد بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا هلاك العاقد، وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف كذا هذا.

والصحيح قولهما لأن الخبر المشهور يمنع من التحالف لكنا عرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لأنه يوجب تحالف المتبايعين، والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقي التحالف بعد هلاكهما أو هلاك أحدهما منفياً بالخبر المشهور.

هذا إذا اختلفا في الثمن: أما إذا اختلفا في المبيع فنقول: لا يخلو المبيع من أن يكون عيناً أو ديناً وهو المسلم فيه، فإن كان عيناً فاختلفا في جنسه أو في قدره بأن قال البائع: بعت منك هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت منك هذه الجارية بألف درهم أو قال البائع: بعت منك هذا العبد بألف درهم، وقال المشتري: اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بألف درهم تحالفا وترادا لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا

اختلف المتبايعان تحالفا وترادا»[1].

وإن كان ديناً وهو المسلم فيه فاختلفا فنقول: اختلافهما في الأصل لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما إن اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال، وإما إن اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه.

وإما إن اختلفا فيهما جميعاً فإن اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال، فأما إن اختلفا في جنس المسلم فيه، وأما إن اختلفا في قدره، وأما إن اختلفا في صفته، وأما إن اختلفا في مكان إيفائه، وأما إن اختلفا في وقته وهو الأجل، فإن اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته تحالفا وترادا، لأن هذا اختلاف في المعقود عليه وأنه يوجب التحالف بالنص والذي يبدأ باليمين هو المسلم إليه في قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الآخر، وهو قول محمد هو رب السلم.

وجه قولهما: أن الابتداء باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري فكانت البداية به.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن اليمين على المنكر، والمنكر هو المسلم إليه ولا إنكار مع رب السلم فكان ينبغي أن لا يحلف أصلاً إلا أن التحليف في جانبه ثبت بالنص.

وقد روي عن أبي يوسف أيضاً أنه قال: أيهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لأنه صار مدعياً عليه وهو منكر، وقال بعضهم: التعيين إلى القاضي يبدأ بأيهما شاء وإن شاء أقرع بينهما فيبدأ بالذي خرجت قرعته. ولو اختلفا في مكان إيفاء المسلم فيه. فقال رب السلم: شرطت عليك الإيفاء في مكان كذا. وقال المسلم إليه: بل شرطت لك الإيفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم إليه ولا يتحالفان عند أبي حنيفة: وعندهما يتحالفان بناءً على أن مكان العقد لا يتعين مكان الإيفاء عنده حتى كان ترك بيان مكان الإيفاء مفسداً للسلم عنده فلم يدخل مكان الإيفاء في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد إلا بالشرط لا يوجب التحالف كالأجل، وعندهما مكان العقد يتعين مكاناً للإيفاء حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الإيفاء عندهم فكان المكان داخلاً في العقد من غير شرط فيوجب التحالف.

وإن اختلفا في وقت المسلم فيه وهو الأجل فنقول: لا يخلو إما إن اختلفا في أصل الأجل، وإما إن اختلفا في قدره، وإما إن اختلفا في مضيه، وإما إن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً، فإن اختلفا في أصل الأجل لم يتحالفا عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر تحالفا وترادا، واحتج بإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام: إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا، ولأن الاختلاف في أصل المسلم فيه كالاختلاف في صفته، ألا ترى أنه لا صحة للسلم بدون الأجل، كما لا صحة له بدون الوصف، فصار الأجل وصفاً للمعقود عليه شرعاً فيوجب التحالف.

ولنا: أن الأجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف، بخلاف

(1) تقدم تخريجه.

الاختلاف في الصفة لأن الصفة في الدين معقود عليه كالأجل، والاختلاف في الأجل يوجب التحالف فكذا في الصفة، وإذا لم يتحالفا فإن كان مدعي الأجل هو رب السلم فالقول قوله ويجوز السلم لأنه يدعي صحة العقد والمسلم إليه يدعي الفساد والقول قول مدعي الصحة، ولأن المسلم إليه متعنت في إنكار الأجل لأنه ينفعه، والمتعنت لا قول له، وإن كان هو المسلم إليه فالقول قوله عند أبي حنيفة ويجوز السلم استحساناً، والقياس أن يكون القول قول رب السلم ويفسد السلم، وهو قولهما.

وجه القياس: أن الأجل أمر يستفاد من قبل رب السلم حقاً عليه شرعاً وأنه منكر ثبوته والقول قول المنكر في الشرع.

وجه الاستحسان: أن المسلم إليه بدعوى الأجل يدعي صحة العقد ورب السلم بالإنكار يدعي فساده فكان القول قول من يدعي الصحة لأن الظاهر شاهد له، إذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية، ومباشرة العقد الفاسد معصية. وإذا كان القول قوله في أصل الأجل كان القول قوله في مقدار الأجل أيضاً.

وقال بعضهم: القول قوله إلى شهر لأنه أدنى الآجال. فأما الزيادة على شهر فلا تثبت إلا بالبينة. وإن اختلفا في قدره لم يتحالفا عندنا خلافاً لزفر والقول قول رب السلم: لما ذكرنا أن الأجل أمر يستفاد من قبله فيرجع في بيان القدر إليه. وإن اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم إليه: وصورته إذا قال رب السلم: كان الأجل شهراً وقد مضى. وقال المسلم إليه: كان شهراً ولم يمض وإن أخذت السلم الساعة كان القول قول المسلم إليه. لأنهما لما تصادقا على أصل الأجل وقدره فقد صار الأجل حقاً للمسلم إليه فكان القول في المضي قوله. وإن اختلفا في قدره ومضيه جميعاً فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم إليه في المضي لأن الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم إليه في المضي.

هذا إذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على رأس المال، فأما إذا اختلفا في رأس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفا وترادا أيضاً. سواء اختلفا في جنس رأس المال أو قدره أو صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه إلا أن الذي يبدأ باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعاً لأنه المشتري وهو المنكر أيضاً. وإن اختلفا فيهما جميعاً فكذلك تحالفا وترادا لأنهما اختلفا في المبيع والثمن. والاختلاف في أحدهما يوجب التحالف ففيهما أولى والقاضي يبدأ باليمين بأيهما شاء. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بين حكم الملك والحق الثابت في المحل فنقول وبالله التوفيق: حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة ولا لأحد ولاية المنع عنه وإن كان يتضرر به. إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق وغير المالك لا يكون له التصرف في ملكه من غير إذنه ورضاه إلا لضرورة، وكذلك حكم الحق الثابت في المحل.

إذا عرف هذا فنقول: للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء سواء كان تصرفاً يتعدى ضرره إلى غيره أو لا يتعدى فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو رحى أو تنوراً، وله أن يقعد في بنائه حداداً أو قصاراً، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً، وإن كان يهن من ذلك البناء ويتأذى به جاره، وليس لجاره أن يمنعه حتى لو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر عليه لأن الملك مطلق للتصرف في الأصل، والمنع

منه لعارض تعلق حق الغير فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع، إلا أن الامتناع عما يؤذي الجار ديانة واجب للحديث، قال عليه الصلاة والسلام: «**المؤمنُ مَنْ أَمِنَ جَارُهُ بوائِقَهُ**»[1] ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن البناء وسقط حائط الجار لا يضمن لأنه لا صنع منه في ملك الغير.

وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره انهدما لم يجبر صاحب السفل على بناء السفل لأنه ملكه، والإنسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه، ولكن يقال لصاحب العلو: إن شئت فابن السفل من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يرد عليك قيمة البناء مبنياً، لأن البناء وإن كان تصرفاً في ملك الغير لكن فيه ضرورة لأنه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه إلا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقاً له شرعاً وله حق الرجوع بقيمة البناء مبنياً، لأن البناء ملكه لحصوله بإذن الشرع وإطلاقه فله أن لا يمكنه من الانتفاع بملكه إلا ببدل يعدله وهو القيمة.

وذكر القاضي في «شرحه مختصر الطحاوي» أن في ظاهر الرواية يرجع بما أنفقه، وكذا ذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو إلا ببناء السفل، ولا ضرر لصاحب السفل في بنائه، بل فيه نفع صار مأذوناً بالإنفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما أنفق، وهذا بخلاف البئر المشترك والدولاب المشترك والحمام المشترك ونحو ذلك إذا خربت فامتنع أحدهما عن العمارة أنه يجبر الآخر على العمارة لأن هناك ضرورة، لأنه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة، لأنه لا يحتمل القسمة، والترك لذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان الذي أبى العمارة متعنتاً محضاً في الامتناع فيدفع تعنته بالجبر على العمارة.

هذا إذا انهدما بأنفسهما فأما إذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يجبر على إعادته لأنه أتلف حق صاحب العلو بإتلاف محله ويمكن جبره بالإعادة فتجب عليه إعادته. وعلى هذا حائط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يجبر واحد منهما على بنائه لما قلنا، ولكن إذا أبى أحدهما البناء يقال للآخر: إن شئت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البناء مبنياً أو نصف ما أنفقته على حسب ما ذكرنا في السفل والعلو. وقيل: إنما يرجع إذا لم يكن موضع الحائط عريضاً ولا يمكن كل واحد منهما أن يبني حائطاً على حدة في نصيبه بعد القسمة.

فأما إذا كان عريضاً يمكن قسمته وأن يبني كل واحد منهما في نصيبه حائطاً يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير إذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعاً لأنه يبني ملك غيره بغير إذنه من غير ضرورة فكان متبرعاً فلا يرجع عليه بشيء.

ولو أراد أحدهما قسمة عرضة الحائط لم تقسم إلا عن تراض منهما بالقسمة لأن لكل واحد منهما عليه حق وضع الخشب، وفي القسمة جبراً إبطال حق الآخر من غير رضاه وهذا لا يجوز، ويحتمل أن يقال: هذا

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ١٥٤)، والحاكم في «المستدرك» (١/ ١١).
والبخاري في «صحيحه» كتاب الأدب باب إثم من لا يأمن جاره بوائقه (٦٠١٦). بلفظ: «**والذي نفسي بيده لا يدخل الجنة عبد لا يأمن جاره بوائقه**».

إذا لم يكن عريضاً فإن كان يقسم قسمة جبر لأنه لا يتضمن إبطال حق الغير. ولو كانت الجذوع عليه لأحدهما فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، فإن كان الطالب صاحب الجذوع يجبر الآخر على القسمة لأنه في الانتفاع متعنت، وإنما الحق لصاحب الجذوع وقد رضي بسقوط حقه.

وإن كان الطالب من لا جذع له لا يجبر صاحب الجذوع على القسمة لأن فيه إبطال حقه في وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه، ولو هدم الحائط أحدهما يجبر على إعادته لما ذكرنا أنه أتلف محل حق أحدهما فيجب جبره على الإعادة. وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره فأراد صاحب السفل أن يفتح باباً أو يثبت كوة أو يحفر طاقاً أو يقد وتداً على الحائط أو يتصرف فيه تصرفاً لم يكن قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضا صاحب العلو، سواء أضر ذلك بالعلو بأن أوجب وهن الحائط أو لم يضر به عند أبي حنيفة رحمه الله: وعندهما له ذلك إن لم يضر بالعلو.

ولو أراد صاحب السفل أن يحفر في سفله بئراً أو بالوعة أو سرداباً فله ذلك من غير رضا صاحب العلو إجماعاً، وكذا إيقاد النار للطبخ أو للخبز وصب الماء للغسل أو للوضوء بالاتفاق. وعلى هذا الاختلاف لو أراد صاحب العلو أن يحدث على علوه بناءً أو يضع جذوعاً لم يكن قبل ذلك أو يشرع فيه باباً أو كنيفاً لم يكن قبله ليس له ذلك عند أبي حنيفة، سواء أضر بالسفل أو لا. وعندهما له أن يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل، وله إيقاد النار وصب الماء للوضوء والغسل إجماعاً، منهم من قال: لا خلاف بينهم في الحقيقة. وقولهما تفسير قول أبي حنيفة رحمه الله، ومنهم من حقق الخلاف.

وجه قولهما: أن صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع إلا لحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه، بل لما يتضرر به صاحب الحق. ألا ترى أن الإنسان لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره ومن الاصطلاء بنار غيره لانعدام تضرر المالك، والخلاف هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حرمة التزصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سواء تضرر به أم لا.

ألا ترى أن نقل المرآة والمبحار من دار المالك إلى موضع آخر حرام وإن كان لا يتضرر به المالك. والدليل عليه أنه يباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه.

ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما أبيح. لأن الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل أن التصرف في ملك الغير وحقه حرام أضر بالمالك أو لا. وهنا حق لصاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه إلا بإذنه ورضاه بخلاف ما ضربنا من المثال وهو الاستظلال بجدار غيره والاصطلاء بنار غيره لأن ذلك ليس تصرفاً في ملك الغير وحقه. إذ لا أثر لذلك متصل بملك الغير وحقه وهنا بخلافه.

وعلى هذا إذا كان مسيل ماء في قناة فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزاباً أو كان ميزاباً فأراد أن يجعله قناة ليس له ذلك. وكذلك لو أراد أن يجعل ميزاباً أطول من ميزابه أو أعرض. أو أراد أن يسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لأن صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه. وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطاً ليسدوا مسيله أو أرادوا أن ينقلوا الميزاب عن موضعه أو يرفعوه أو يسفلوه لم يكن لهم

ذلك لأن ذلك تصرف في حق الغير بالإبطال والتغيير فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق.

ولو بنى أصل الدار لتسييل ميزابه على ظهره فلهم ذلك لأن مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين.

دار لرجل فيها طريق فأراد أهل الدار أن يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لأن فيه إبطال حق المرور وينبغي أن يتركوا في ساحة الدار عرض باب الدار. لأن عرض الطريق مقدر بعرض باب الدار. ولو أراد رجل أن يشرع إلى الطريق جناحاً أو ميزاباً فنقول: هذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كانت السكة نافذة وإما إن كانت غير نافذة. فإن كانت نافذة فإنه ينظر إن كان ذلك مما يضر بالمارين فلا يحل له أن يفعل ذلك في دينه لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا ضَرَرَ ولا إضْرَارَ في الإسلامِ**»[1] ولو فعل ذلك فلكل واحد أن يقلع عليه ذلك.

وإن كان ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم إليه أحد بالرفع والنقض، فإذا تقدم إليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند أبـي حنيفة رحمه الله، وعندهما يحل له الانتفاع قبل التقدم وبعده. وكذلك هذا الحكم في غرس الأشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق.

وجه قولهما: ما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير ليس لعينه بل للتحرز عن الضرر والإضرار بالمارة فاستوى فيه حال ما قبل التقدم وبعده، ولأبـي حنيفة رحمه الله: أن إشراع الجناح والميزاب إلى طريق العامة تصرف في حقهم، لأن هواء البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هواؤها فكان الانتفاع بذلك تصرفاً في حق الغير، وقد مر أن التصرف في حق الغير بغير إذنه حرام، سواء أضر به أو لا، إلا أنه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الإذن منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض، والتصرف في حق الإنسان بإذنه مباح، فإذا وقعت المطالبة بصريح النقض بطلت الدلالة، فبقي الانتفاع بالمبني تصرفاً في حق مشترك بين الكل من غير إذنهم ورضاهم فلا يحل.

هذا إذا كانت السكة نافذة فأما إذا كانت غير نافذة فإن كان له حق في التقديم فليس لأهل السكة حق المنع لتصرفه في حق نفسه، وإن لم يكن له حق في التقديم فلهم منعه، سواء كان لهم في ذلك مضرة أو لا لما ذكرنا أن حرمة التصرف في حق الغير لا تقف على المضرة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

تم بحمد الله وحسن توفيقه الجزء الثامن من مطبوعة القاهرة
ويليه الجزء التاسع وأوله كتاب الشهادة ولله الحمد والمنة
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

---

(١) تقدم تخريجه.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

كتاب الشهادة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في بيان ركن الشهادة، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة، وفي بيان حكم الشهادة: أما ركن الشهادة: فقول الشاهد: أشهد بكذا وكذا، وفي متعارف الناس في حقوق العباد: هو الإخبار عن كون ما في يد غيره لغيره، فكل من أخبر بأن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد، وبه ينفصل عن المقر والمدعي والمدعى عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوى.

فصل: وأما الشرائط في الأصل فنوعان: نوع هو شرط تحمل الشهادة، ونوع هو شرط أداء الشهادة، أما الأول فثلاثة:

أحدها: أن يكون عاقلاً وقت التحمل، فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن تحمل الشهادة: عبارة عن فهم الحادثة وضبطها، ولا يحصل ذلك إلا بآلة الفهم والضبط وهي العقل.

والثاني: أن يكون بصيراً وقت التحمل عندنا، فلا يصح التحمل من الأعمى، وعند الشافعي[1] رحمه الله: البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة الأداء، لأن الحاجة إلى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به، وذلك يحصل بالسماع، وللأعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة ويقدر على الأداء بعد التحمل.

ولنا: أن الشرط: هو السماع من الخصم، لأن الشهادة تقع له، ولا يعرف كونه خصماً إلا بالرؤية، لأن النغمات يشبه بعضها بعضاً.

وأما البلوغ والحرية والإسلام والعدالة: فليست من شرائط التحمل، بل من شرائط الأداء، حتى لو/ كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي تقبل شهادتهم.

---

(١) انظر «الأم» (٧/ ٤٦).

وقال مالك: تجوز شهادة الأعمى وإن علمه في حال العمى إذا عرف الصوت في الطلاق، والإقراء ونحوه، وإن شهد على زنا حُدّ للقذف، ولم تقبل شهادته.

وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه، ثم عتق فشهد له تقبل، وكذا المرأة إذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانت منه فشهدت له تقبل شهادتها، لأن تحملها الشهادة للمولى والزوج صحيح، وقد صارا من أهل الأداء بالعتق والبينونة فتقبل شهادتهما.

ولو شهد الفاسق فردت شهادته لتهمة الفسق، أو شهد أحد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لتهمة الزوجية، ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد التوبة والبينونة لا تقبل، ولو شهد العبد أو الصبي العاقل أو الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته، ثم أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل.

ووجه الفرق: أن الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة وقد ردت، فإذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجية في تكلك الحادثة فقد أعاد تلك الشهادة وهي مردودة، والشهادة المردودة لا تحتمل القبول، بخلاف الكافر والعبد والصبي، لأنه لا شهادة للكافر على المسلم أصلاً.

وكذا الصبي والعبد لا شهادة لهما أصلاً، فإذا أسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدثت لهم بالإسلام والعتق والبلوغ شهادة، وهي غير المردودة فقبلت، فهو الفرق.

الثالث: أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره، إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس، لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد: «**إذا عَلِمت مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهدْ وإلاَّ فَدَعْ**»(١) ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه، فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة، وهي: النكاح والنسب والموت، فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعاين بنفسه، لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة.

وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح، لأنه دليل النكاح، وكذا في الموت إذا شهد/ جنازة رجل أو دفنه حلّ له أن يشهد بموته، واختلفوا في تفسير التسامع؛ فعند محمد رحمه الله: هو [١٦٣/أ/م] أن يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الأخبار عنده من غير تواطؤ، لأن الثابت بالتواتر والمحسوس بحس البصر والسمع سواء، فكانت الشهادة بالتسامع شهادة عن معاينة، فعلى هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر.

وذكر أحمد بن عمرو بن مهير الخصاف(٢): أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان: أن هذا ابن

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/١٥٦) باب التحفظ في الشهادة والعلم بها.
والحاكم في «المستدرك» (٤/٩٨) كتاب الأحكام وتعقبه الذهبي بقوله: قلت: واهٍ فعمرو قال ابن عدي: كان يسرق الحديث وابن مشمول ضعفه غير واحد. اهـ.
قال العقيلي: في «الضعفاء»: ولا يعرف إلا به (٤/ ٧٠) انظر «الكامل» (٦/ ٢٠٧).

(٢) الخصاف: هو أحمد بن عمرو ـ وقيل: عمر ـ بن مُهْر ـ وقيل مرهان ـ أبو بكر الخصاف، الشيباني.
حدث عن أبي عاصم النبيل، وأبي داود الطيالسي، وسُدَّد وجماعة، وكان فاضلاً، قارضاً، حاسباً، عارفاً بالفقه، مقدماً عنه الخليفة المهتدي بالله، فلما قال المتهدي، فهب، فذهب بعض وذكر أنه كان يأكل من كسب يده. توفي ببغداد سنة (٢٦١) من مصنفاته كتاب «الحيل» و «الوصايا» و «أدب القاضي» و «الخراج» و «أحكاف الوقف» وغيرها. انظر «سير أعلام =

فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك؛ استدلالاً بحكم الحكام وشهادته، فإنه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه، بل يخبرهما، ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل، كذا هذا.

ولو أخبره رجل أو امرأة بموت إنسان حل للسامع أن يشهد بموته، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين الموت وبين النكاح والنسب.

ووجه الفرق: أن مبنى هذه الأشياء وإن كان على الاشتهار، إلا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب، لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لا في الموت، لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل والتقييد؛ بأن يقول: إني لم أعاين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا، حتى لو شهد كذلك لا تقبل.

وأما الولاء: فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول، ثم رجع، وقال: تقبل. وذكر الطحاوي رحمه الله: قول محمد مع أبي يوسف الآخر.

ووجهه: أن الولاء لحمة كلحمة النسب، ثم الشهادة بالتسامع في النسب مقبولة كذا في الولاء، ألا ترى أنا كما نشهد أن سيدنا عمر كان ابن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ نشهد أن نافعاً كان مولى ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما.

والصحيح: جواب ظاهر الرواية، لأن جواز الشهادة بالتسامع في النسب لما أن مبنى النسب على الاشتهار، فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه، وليس مبنى الولاء على الاشتهار، فلا بد من معاينة الإعتاق، حتى لو اشتهر اشتهار نافع لابن سيدنا عمر رضي الله عنهما حلت الشهادة بالتسامع/ . [١٦٤/أ م]

وأما الشهادة بالتسامع في الوقف: فلم يذكره في ظاهر الرواية، إلا أن مشايخنا ألحقوه بالموت، لأن مبنى الوقف على الاشتهار أيضاً كالموت، فكان ملحقاً به. وكذا تجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية؛ أن هذا قاضي بلد كذا ووالي بلد كذا وإن لم يعاين المنشور، لأن مبنى القضاء والولاية على الشهرة، فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة، ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه، يحصل بمعاينة دليله؛ بأن يرى ثوباً أو دابة أو داراً في يد إنسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازع، حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد، لأن اليد المتصرفة في المال من غير منازع دليل الملك فيه، بل لا دليل بشاهد في الأموال أقوى منها.

وزاد أبو يوسف فقال: لا تحل له الشهادة حتى يقع في قلبه أيضاً أنه له، وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعاً: أنه لا تجوز للرائي الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه في يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع وحتى يقع في قلبه أنه له.

= النبلاء» (١٣/ ١٢٣ ـ ١٢٤) و «الجواهير المضيئة» برقم (١٦٠) و «تاج التراجم» برقم (١٨) و «الفوائد البهية» صفحة (٢٩ ـ ٣٠) وغيرها.

وذكر في «**الجامع الصغير**» وقال: كل شيء في يد إنسان سوى العبد والأمة يسعك أن تشهد أنه له، استثنى العبد والأمة فيقتضي: أن لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيهما، إلا إذا أقرا بأنفسهما، وإنما أراد به العبد الذي يكون له في نفسه يد، بأن كان كبيراً يعبر عن نفسه، وكذا الأمة، لأن الكبير في يد نفسه ظاهراً، إذ الأصل هو الحرية في بني آدم والرق عارض، فكانت يده إلى نفسه أقرب من يد غيره، فلم تصلح يد غيره دليل الملك فيه، بخلاف الجمادات والبهائم، لأنه لا يد لها فبقيت يد صاحب اليد دليلاً على الملك، ولأن الحر قد يخدم كأنه عبد عادة، وهذا أمر ظاهر في متعارف الناس وعاداتهم فتعارض الظاهران فلم تصلح اليد دليلاً فيه.

أما إذا كان صغيراً لا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب والبهيمة، لأنه لا يكون له في نفسه يد، فيلحق بالعروض والبهائم، فتحل للرائي الشهادة بالملك فيه لصاحب اليد، والله سبحانه وتعالى أعلم/ . [ب/١٦٤/م]

وأما شرائط أداء الشهادة فأنواع: بعضها يرجع إلى الشاهد، وبعضها يرجع إلى نفس الشهادة، وبعضها يرجع إلى مكان الشهادة، وبعضها يرجع إلى المشهود به.

أما الذي يرجع إلى الشاهد فأنواع: بعضها يعم الشهادات كلها، وبعضها يخص البعض دون البعض. أما الشرائط العامة فمنها: العقل؛ لأن من لا يعقل لا يعرف الشهادة، فكيف يقدر على أدائها. ومنها: البلوغ فلا تقبل شهادة الصبي العاقل لأنه لا يقدر على الأداء إلا بالتحفظ، والتحفظ بالتذكر، والتذكر بالتفكر، ولا يوجد من الصبي عادة، ولأن الشهادة فيها معنى الولاية، والصبي مولى عليه، ولأنه لو كان له شهادة للزمته الإجابة عند الدعوة للآية الكريمة وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾[1] أي: دعوا للأداء فلا يلزمه إجماعاً.

ومنها: الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾[2] والشهادة شيء، فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة، ولأن الشهادة تجري مجرى الولايات والتمليكات.

أما معنى الولاية: فإن فيه تنفيذ القول على الغير وإنه من باب الولاء، وأما معنى التمليك فإن الحاكم يملك الحكم بالشهادة، فكأن الشاهد ملكه الحكم، والعبد لا ولاية له على غيره ولا يملك، فلا شهادة له، ولأنه لو كان له شهادة، لكان يجب عليه الإجابة إذا دعي لأدائها للآية الكريمة، ولا يجب، لقيام حق المولى، وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وأم الولد لأنهم عبيد، وكذا معتق البعض عند أبي حنيفة، وعندهما تقبل شهادته، لأنه بمنزلة المكاتب عنده، وعندهما بمنزلة حر عليه دين.

ومنها: بصر الشاهد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فلا تقبل شهادة الأعمى عندهما، سواء كان بصيراً وقت التحمل أو لا، وعند أبي يوسف: ليس بشرط، حتى تقبل شهادته إذا كان بصيراً وقت التحمل. وهذا إذا كان المدعىٰ شيئاً لا يحتاج إلى الإشارة إليه وقت الأداء، فأما إذا كان شيئاً يحتاج إلى الإشارة إليه

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).
(٢) سورة النحل، الآية: (٧٥).

وقت الأداء، لا تقبل شهادته إجماعاً.

وجه قول أبـي يوسف: أن اشتراط البصر ليس لعينه، بل لحصول العلم بالمشهود به، وذا يحصل إذا كان بصيراً/ وقت التحمل. [١٦٥/أ/م]

وجه قولهما: أنه لا بد من معرفة المشهود له، والإشارة إليه عند الشهادة، فإذا كان أعمى عند الأداء لا يعرف بالمشهود له من غيره، فلا يقدر على أداء الشهادة. ومنها: النطق فلا تقبل شهادة الأخرس، لأن مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها، ولا عبارة للأخرس أصلاً فلا شهادة له.

ومنها العدالة لقبول الشهادة على الإطلاق، فإنها لا تقبل على الإطلاق دونها، لقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[١] والشاهدُ المرضي: هو الشاهد العدل. والكلام في العدالة في مواضع: في بيان ماهية العدالة أنها ما هي في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة المشروطة، وفي بيان أنها شرط أصل القبول وجوداً أم شرط القبول على الإطلاق ووجوباً.

أما الأول: فقد اختلفت عبارات مشايخنا رحمهم الله في ماهية العدالة المتعارفة قال بعضهم: من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل، لأن أكثر أنواع الفساد والشر يرجع إلى هذين العضوين.

وقال بعضهم: من لم يعرف عليه جريمة في دينه فهو عدل. وقال بعضهم: من غلبت حسناته سيئاته فهو عدل، وقد روي عن النبـي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «إِذَا رَأَيْتُم الرَّجُلَ يَعْتَادُ الصَّلَاةَ فِيْ المَسَاجِدِ فَاشْهَدُوا لَهُ بِالإِيْمَانِ»[٢] وروي: «مَنْ صَلَّى إِلَى قِبْلَتِنَا وَأَكَلَ ذَبِيْحَتَنَا فَاشْهَدُوا لَهُ بِالإِيْمَان»[٣]. وقال بعضهم: من يجتنب الكبائر وأدى الفرائض وغلبت حسناته سيئاته فهو عدل. وهو اختيار أستاذي الإمام فخر الدين علي البزدوي رحمه الله تعالى.

واختلفت في ماهية الكبائر والصغائر. قال بعضهم: ما فيه حد في كتاب الله عز وجل فهو كبيرة، وما لا حد فيه فهو صغيرة. وهذا ليس بسديد، فإن شرب الخمر وأكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما في كتاب الله تعالى، وقال بعضهم: ما يوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجبه فهو صغيرة، وهذا يبطل أيضاً بأكل الربا فإنه كبيرة ولا يوجب الحد، وكذا يبطل أيضاً بأشياء أخر هي كبائر ولا توجب الحد، نحو: عقوق الوالدين والفرارمن الزحف ونحوها. وقال بعضهم: كل ما جاء مقروناً بوعيد/ فهو كبيرة، نحو: قتل النفس المحرمة [١٦٥/ب/م] وقذف المحصنات والزنا والربا وأكل مال اليتيم والفرار من الزخف، «وهو مروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما»[٤] وقيل له «إنَّ عبدَ اللَّهِ بن سيدَنا عمرَ رضي اللَّهُ عنهُمَا قَالَ: الكَبائرُ سَبْعٌ، فَقَالَ: هِيَ إِلَى

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٢) أخرجه أحمد (٣/٦٨ و ٧٦) والترمذي (٢٦١٧) في الإيمان باب ما جاء في حرمة الصلاة و (٣٠٩٣) في التفسير: باب ومن سورة التوبة. والدارمي (١/٣٧٨) عن الحميدي وابن ماجه (٨٠٢) في المساجد: باب لزوم المساجد وانتظار الجماعة. وابن خزيمة (١٥٠٢) والبيهقي (٣/٦٦) باب فضل المساجد وعمارتها والحاكم (٢/ ٣٣٢) ووافقه الذهبي.

(٣) أخرجه البخاري في الصلاة، باب فضل استقبال القبلة حديث (٣٠٩١) والنسائي (٨/ ١٠٥).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» في الوصايا، باب قول الله تعالى: ﴿والذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً﴾ برقم (٢٧٦٤). وفي الطب، باب الشرك والسحر من الموبقات برقم (٥٧٦٤) وفي الحدود، باب رمي المحصنات برقم (٦٨٥٧).

سَبعِينَ أَقْرَبُ، وَلَكِنْ لاَ كَبِيرَةَ مَعَ تَوبةٍ وَلاَ صَغِيرَةَ مَعَ إِصْرارٍ»[١].

وروي عن الحسن عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «مَا تَقُولُونَ فِي الزِّنَا وَالسَّرِقَةِ وَشُرْبِ الْخمْر» قالوا: الله ورسوله أعلم. قال عليه الصلاة والسلام: «هُنَّ فَوَاحِشُ وَفِيهِنَّ عُقُوبَـةٌ»[٢].

ثم قال عليه الصلاة والسلام: «أَلا أنبِّئُكُمْ بِأَكْبَرِ الكَبَائِرِ» فَقَالوا: بلى يا رسول الله، فقال ﷺ: «الإِشْرَاكُ بِاللهِ وعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ» وكَان عليه السلامُ مُتَّكِئاً فَجَلَسَ ثُمَّ قَالَ: «أَلاَ وَقَوْلُ الزُّوْرِ، أَلاَ وَقَوْلُ الزُّوْرِ أَلاَ وَقَوْلُ الزُّوْرِ»[٣].

فإذا عرفت تفسير العدالة في عرف الشرع، فلا عدالة لشارب الخمر، لأن شربه كبيرة فتسقط به العدالة. ومن مشايخنا من قال: إذا كان الرجل صالحاً في أموره تغلب حسناته سيئاته ولا يعرف بالكذب ولا بشيء من الكبائر غير أنه يشرب الخمر أحياناً لصحة البدن والتقوي لا التلهي يكون عدلاً. وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عدلاً، لأن شرب الخمر كبيرة محضة وإن كان للتقوي. ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفس الشرب، لأن شربه للتقوي دون التهلي حلال، وأما السكر منه فإن كان وقع منه مرة وهو لا يدري أو وقع سهواً لا تسقط عدالته. وإن كان يعتاد السكر منه تسقط عدالته، لأن السكر منه حرام، ولا عدالة لمن يحضر مجلس الشرب ويجلس بينهم وإن كان لا يشرب لأن حضوره مجلس الفسق فسق، ولا عدالة للنائح والنائحة لأن فعلهما محظور، وأما المغنيّ فإن كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا عدالة له، وإن كان هو لا يشرب لأنه رأس الفسقة، وإن كان يفعل ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالته لأن ذلك مما لا بأس به، لأن السماع مما يرقق القلوب، لكن لا يحل الفسق به.

وأما الذي يضرب شيئاً من الملاهي فإنه ينظر إن لم/ يكن مستشنعاً كالقصب والدف ونحوه لا بأس به [أ/١٦٦/م] ولا تسقط عدالته، وإن كان مستشنعاً كالعود ونحوه سقطت عدالته، لأنه لا يحل بوجه من الوجوه. والذي يلعب بالحمام؛ فإن كان لا يطيرها لا تسقط عدالته، وإن كان يطيرها تسقط عدالته؛ لأنه يطلع على عورات النساء ويشغله ذلك عن الصلاة والطاعات. ومن يلعب بالرند فلا عدالة له.

وكذلك من يلعب بالشطرنج ويعتاده فلا عدالة له، وإن أباحه بعض الناس لتشحيذ الخاطر وتعلم أمر الحرب لأنه حرام عندنا لكونه لعباً.

قال عليه الصلاة والسلام: «كُلُّ لعبٍ حَرَامٌ إِلاَّ مُلاَعَبَةَ الرَّجُلِ أَهْلَهُ وتَأْدِيبُهُ فَرَسَهُ وَرَمْيَهُ عَنْ قَوْسِهِ»[٤].

وكذلك إذا اعتاد ذلك يشغله عن الصلاة والطاعات. فإن كان يفعله أحياناً ولا يقامر به لا تسقط

= ومسلم في «صحيحه» في الأيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها برقم (٨٩).
وأبو داود في «سننه» في الوصايا، باب ما جاء في التشديد في أكل مال اليتيم برقم (٢٨٧٤).
والنسائي في «المجتبى» في الوصايا، باب اجتناب أكل مال اليتيم (٦/ ٢٥٧).

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٣/ ٤٠٩) في الجنائز، باب ما جاء في استقبال القبلة، والبغوي في «الجعديات».
(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٠٩) في الحدود، باب العقوبات بالمعاصي.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) تقدم تخريجه.

عدالته، ولا عدالة لمن يدخل الحمام بغير مئزر لأن ستر العورة فريضة، ومن ترك الصلاة بالجماعات استخفافاً بها وهواناً بتركها فلا عدالة له، لأن الجماعة واجبة، وإن كان تركها عن تأويل بأن كان الإمام غير مرضيّ عنده لا تسقط عدالته، ولا عدالة لمن يفجر بالنساء أو يعمل بعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق والمتلصص وقاذف المحصنات وقاتل النفس المحرمة وآكل الربا ونحوه. لأن هؤلاء من رؤس الكبائر، ولا عدالة للمخنث، لأن فعله وعمله كبيرة، ولا عدالة لمن لم يبال من أين يكتسب الدراهم من أي وجه كان، لأن من هذا حاله لا يأمن منه أن يشهد زوراً طمعاً في المال. والمعروف بالكذب لا عدالة له ولا تقبل شهادته أبداً وإن تاب. لأن من صار معروفاً بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه في توبته بخلاف الفاسق إذا تاب عن سائر أنواع الفسق تقبل شهادته.

وكذا من وقع في الكذب سهواً وابتلي به مرةً ثم تاب لأنه قلَّ ما يخلو مسلم عن ذلك، فلو منع القبول لانسد باب الشهادة.

وأما الأقلف: فتقبل شهادته إذا كان عدلاً ولم يكن تركه الختان رغبة عن السنة لعمومات الشهادة، ولأن إسلامه إذا كان في حال الكبر فيجوز أنه/ خاف على نفسه التلف، فإن لم يخف ولم يختتن تاركاً للسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المعاصي أن شهادته لا تجوز، وإن كنا لا نستيقن كونه فاسقاً في تلك الحال. [ب/١٦٦م]

وتقبل شهادة ولد الزنا إذا كان عدلاً لعمومات الشهادة، لأن زنا الوالدين لا يقدح في عدالته لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[1] وما روي عنه ﷺ: «وَلَدُ الزِّنَا أَسْوَأُ الثَّلَاثَةِ»[2] فذا في ولد معين، والله تعالى أعلم.

وتقبل شهادة الخصيّ لعمومات الشهادة. وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه: «أَنَّهُ قَبِلَ شَهَادَةَ عَلْقَمَةَ الخَصِيّ»[3] ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة، ولأن الخصاء لا يقدح في العدالة فلا يمنع قبول الشهادة.

وأما شهادة صاحب الهوى إذا كان عدلاً في هواه ودينه نظر في ذلك إن كان هوى يكفره لا تقبل شهادته، لأن شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة. وإن كان لا يكفره: فإن كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة إلى هواه أو كان فيه مجانة لا تقبل أيضاً، لأن صاحب العصبية والدعوة لا يبالي من الكذب والتزوير لترويج هواه فكان فاسقاً فيه.

وكذا إذا كان فيه مجانة لأن الماجن لا يبالي من الكذب، فإن لم يكن كذلك وهو عدل في هواه تقبل، لأن هواه يزجره عن الكذب، إلا صنف من الرافضة يسمون بالخطابية فإنهم لا شهادة لهم، لأن من نحلتهم أنه تحل الشهادة لمن يوافقهم على من يخالفهم. وقيل: من نحلتهم أن من ادعى أمراً من الأمور وحلف عليه

---

(١) سورة الأنعام، الآية: (١٦٤).

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٢١٤، ٢١٥) (٤/ ١٠٠) والبيهقي (٣/ ٢٩١ و ١٠/ ٥٧ و ٥٨ و ٥٩).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥/ ٣٩٤).

كان صادقاً في دعواه فيشهدون له، فإن كان هذا مذهبهم فلا تخلو شهادتهم عن الكذب.

وكذا لا عدالة لأهل الإلهام لأنهم يحكمون بالإلهام فيشهدون لمن يقع في قلوبهم أنه صادق في دعواه، ومعلوم أن ذلك لا يخلو عن الكذب، ولا عدالة لمن يظهر شتيمة الصحابة رضي الله تعالى عنهم، لأن شتيمة واحد من آحاد المسلمين مسقطة للعدالة فشتيمتهم أولى.

ولا عدالة لصاحب المعصية لقوله عليه الصلاة والسلام: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ مَاتَ عَلَىٰ الْمَعْصِيَةِ»(١).

وقال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ مَاتَ عَلَىٰ الْمَعْصِيَةِ فَهُوَ كَحِمَارٍ نَزَعَ بِدِيْنِهِ»(٢)، فكانت المعصية معصية مسقطة للعدالة.

والأصل في هذا الفصل: أن من ارتكب جريمة فإن كانت من الكبائر سقطت عدالته إلا أن يتوب، فإن لم تكن من الكبائر: فإن أصر عليها واعتاد ذلك فكذلك، لأن الصغيرة بالإصرار عليها تصير كبيرة. قال عليه الصلاة والسلام: «لاَ صَغِيرَةَ مَعَ الإِصْرَارِ وَلاَ كَبِيْرَةَ مَعَ الاسْتِغْفَارِ»(٣) وإن لم يصر عليها لا تسقط عدالته إذا غلبت حسناته سيئاته.

وأما بيان صفة/ العدالة المشروطة فقد اختلف أصحابنا رحمهم الله؛ قال أبو حنيفة رضي الله عنه: [أ/١٦٧م] الشرط هو العدالة الظاهرة، فأما العدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسؤال عن حال الشهود بالتعديل والتزكية فليست بشرط.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: إنها شرط.

ولقب المسألة: أن القضاء بظاهر العدالة جائز عنده وعندهما لا يجوز. وجملة الكلام فيه: أنَّهُ لا خلاف في أنه إذا طعن الخصم في الشاهد أنه لا يكتفي بظاهر العدالة، بل يسأل القاضي عن حال الشهود، وكذا لا خلاف في أنه يسأل عن حالهم في الحدود والقصاص، ولا يكتفي بالعدالة الظاهرة، سواء طعن الخصم فيهم أو لم يطعن.

واختلفوا فيما سوى الحدود والقصاص إذا لم يطعن الخصم. قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يسأل. وقالا: يسأل، عن مشايخنا من قال: هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة، لأن زمن أبي حنيفة رحمه الله كان من أهل خير وصلاح، لأنه زمن التابعين، وقد شهد لهم النبي ﷺ بالخيرية بقوله: «خَيْرُ الْقُرُونِ قَرْنِيْ الَّذِي أَنَا فِيْهِ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُوْنَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُوْنَهُمْ ثُمَّ يَفْشُو الْكَذِبُ»(٤) الحديث، فكان الغالب في

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١١١) بلفظ: «من مات على غير طاعة الله مات ولا حجة له».

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ١١١) وهو السابق، وذكره الحافظ في المطالب العالية (٢/ ٢٢٨).

(٣) أخرجه القضاعي (٢/ ٨٥٣) والديلمي في «مسند الفردوس» كما في «المقاصد الحسنة» (٢٧٥١).
قال الذهبي في «الميزان»: فيه أبو شيبة الخراساني: أتى بخبر منكر ثم ذكر هذا الحديث.
والبيهقي في «شعب الإيمان» عن ابن عباس رضي الله عنه من قوله (٥/ ٤٥٦) رقم (٧٢٦٨) من طريق غير طريق أبي شيبة.
وابن أبي الدنيا في «التوبة» (١٧٣) عن ابن عباس مرفوعاً وفيه أبو شيبة الخراساني تقدم الكلام فيه.

(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ٢٦٧، ٢٧٦، ٢٧٧) والبخاري في «الصحيح» كتاب الشهادات باب لا يشهد على شهادة جور إذا شهد (٢٦٥١) وكتاب فضائل أصحاب النبي ﷺ باب فضائل أصحاب النبي ﷺ (٣٦٥٠) وكتاب السرقات باب ما يحذر من =

أهل زمانه الصلاح والسداد فوقعت الغنية عن السؤال عن حالهم في السر. ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوقعت الحاجة إلى السؤال عن العدالة، فكان اختلاف جوابهم لاختلاف الزمان فلا يكون اختلافاً حقيقياً، ومنهم من حقق الخلاف.

وجه قولهما: أن العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للإثبات لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل، والحاجة ههنا إلى الإثبات وهو إيجاب القضاء، والظاهر لا يصلح حجة له فلا بد من إثبات العدالة بدليلها، ولأبي حنيفة ظاهر قوله عز وجل: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾[1] أي عدلاً.

وصف الله سبحانه وتعالى مؤمني هذه الأمة بالوساطة وهي العدالة. وقال سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه: «عُدولٌ بَعضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ»[2] فصارت العدالة أصلاً في المؤمنين وزوالها بعارض، ولأن العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول إليها فتعلق الحكم بالظاهر/ [ب/١٦٧/م]، وقد ظهرت عدالتهم قبل السؤال عن حالهم فيجب الاكتفاء به، إلا أن يطعن الخصم، لأنه إذا طعن الخصم وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين فلا بد من الترجيح بالسؤال، والسؤال في الحدود والقصاص طريق لدرئها، والحدود يحتال فيها للدرء.

ولو طعن المشهود عليه في حرية الشاهدين وقال: إنهما رقيقان، وقالا: نحن حران، فالقول قوله، حتى تقوم لهما البينة على حريتهما، لأن الأصل في بني آدم وإن كان هو الحرية لكونهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما حران، لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للإلزام على الخصم، ولا بد من إثباتها بالدلائل.

والأصل فيه: أن الناس كلهم أحرار إلا في أربعة: الشهادات، والحدود، والقصاص، والعقل، هذا إذا كانا مجهولي النسب لم تعرف حريتهما ولم تكن ظاهرة مشهورة بأن كانا من الهند أو الترك أو غيرهم ممن لا تعرف حريته. أو كانا عربيين. فأما إذا لم يكونا ممن يجري عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقهما إلا بالبينة.

وأما بيان أن العدالة شرط قبول أصل الشهادة وجوداً أم شرط القبول مطلقاً وجوباً ووجوداً فقد اختلف فيه: قال أصحابنا رحمهم الله: إنها شرط القبول للشهادة وجوداً على الإطلاق ووجوباً لا شرط أصل القبول حتى يثبت القبول بدونه، وقال الشافعي[3] عليه الرحمة: إنها شرط أصل القبول لا يثبت القبول أصلاً دونها،

= زهرة الدنيا والتنافس فيها (٦٤٢٨) ومسلم في «الصحيح» كتاب فضائل الصحابة باب فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم (٢١٤) والنسائي في «السنن» كتاب الأيمان والنذور باب الوفاء بالنذر (١٧/٧) وابن حبان في «صحيحه» (٦٧٢٧، ٦٧٢٩).

(١) سورة البقرة، الآية: (١٤٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ١٩٧).
وابن أبي شيبة في «المصنف» مرفوعاً (٤/ ٣٢٥) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
والدارقطني في «السنن» (٤/ ٢٠٦).

(٣) انظر «الأم» (٦/ ٢٠٥).

حتى إن القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق يجوز له قبول شهادته ولا يجوز القبول من غير تحر بالإجماع.

وكذا لا يجب عليه القبول بالإجماع وله أن يقبل شهادة العدل من غير تحر، وإذا شهد يجب عليه القبول.

وهذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق عندنا، وعند الشافعي عليه الرحمة لا يجوز للقاضي أن يقضي بشهادة الفاسق أصلاً. وكذا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين عندنا وعنده لا ينعقد.

وجه قول الشافعي رحمه الله: أن مبنى قبول الشهادات على الصدق، ولا يظهر الصدق/ إلا بالعدالة، [١٦٨/أ/م] لأن خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق والكذب ولا يقع الترجيح إلا بالعدالة. واحتج في انعقاد النكاح بقوله ﷺ: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَي عَدْلٍ»[١].

ولنا: عمومات قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾[٢] وقوله ﷺ: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِشُهُودٍ»[٣] والفاسق شاهد لقوله سبحانه وتعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[٤] قسم الشهود إلى مرضيين وغير مرضيين، فيدل على كون غير المرضي وهو الفاسق شاهداً، ولأن حضرة الشهود في باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا للحاجة إلى شهادتهم عند الجحود والإنكار، لأن النكاح يشتهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والإنكار بالشهادة بالتسامع، والتهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم.

وأما قوله: الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فنعم، لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة، فإن من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواعاً من الفسق ويستنكف عن الكذب، والكلام في فاسق تحرى القاضي الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه، ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا. وأما الحديث: فقد روي عن بعض نقلة الحديث أنه قال: «لم يثبت عن رسول الله ﷺ ولن يثبت»، فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه، لأنه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد، لأنه لو كان كذلك لقال لا نكالح إلا بولي وشاهدين عدلين، بل هذا إضافة الشاهدين إلى العدل وهو كلمة التوحيد، فكأنه قال عليه الصلاة والسلام: «لاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ»[٥] مقابل كَلمةِ العَدلِ، وهِيَ كَلِمةُ الإِسْلَامِ والفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرته.

ومنها: أن لا يكون محدوداً في قذف عندنا وهو شرط الأداء، وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط،

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٦/ ٤٧، ١٦٥، ١٦٦).
وعبد الرزاق (١٠٤٧٢) في «المسند» وابن أبي شيبة (٤/ ١٢٨).
والترمذي في «السنن» كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بوليّ (١١٠٢) وأبو داود في «السنن» كتاب النكاح باب في الولي (٢٠٨٣) وابن ماجه في «السنن» كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي (١٨٧٩) ومسند الترمذي والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٦٨) وصححه على شرط الشيخين.

(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٣) لم يجده مخرجوا «الهداية» بهذا اللفظ وإنما أخرج معناه الترمذي في «جامعه» وابن حبان في «صحيحه» انظر «الدراية» ٢/ ٥٥.

(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٥) تقدم.

وقد زال بالتوبة.

واحتج بعمومات الشهادة من غير فصل لأن المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة.

ولنا: قوله تعالى جل وعلا: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾[1] الآية. نهى سبحانه وتعالى عن قبول شهادة الرامي على التأبيد فيتناول زمان ما بعد/ التوبة. وبه تبين أن المحدود في القذف مخصوص من [ب/١٦٨/م] عمومات الشهادة عملاً بالنصوص كلها صيانة لها عن التناقض. وكذلك الذمي إذا قذف مسلماً فحد حد القذف لا تقبل شهادته على أهل الذمة، فإن أسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين. وبمثله العبد المسلم إذا قذف حراً ثم حُدَّ حَدَّ القذف ثم عتق لا تقبل شهادته أبداً وإن أعتق.

ووجه الفرق: أن إقامة الحد توجب بطلان شهادة كان للقاذف قبل الإقامة، والثابت للذمي قبل إقامة الحد شهادته على أهل الذمة لا على أهل الإسلام فتبطل تلك الشهادة بإقامة الحد، فإذا أسلم فقد حدثت له بالإسلام شهادة غير مردودة وهي شهادته على أهل الإسلام لأنها لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل هذه الشهادة، ثم من ضرورة قبول شهادته على أهل الإسلام قبول شهادته على أهل الذمة بخلاف العبد، لأن العبد من أهل الشهادة وإن لم تكن له شهادة مقبولة، لأن له عدالة الإسلام والحد أبطل ذلك على التأبيد.

ولو ضرب الذمي بعض الحد فأسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته، لأن المبطل للشهادة إقامة الحد في حالة الإسلام ولم توجد لأن الحد اسم للكل فلا يكون البعض حداً لأن الحد لا يتجزأ، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وذكر الفقيه أبو الليث عليه الرحمة روايتين أخريين فقال في رواية: لا تقبل شهادته، وفي رواية: تقبل شهادته، ولو ضرب سوطاً واحداً في الإسلام لأن السياط المتقدمة توقف كونها حداً على وجود السوط الأخير وقد وجد كمال الحد في حالة الإسلام، وفي رواية اعتبر الأكثر إن وجد أكثر الحد في حال الإسلام تبطل شهادته وإلا فلا، لأن للأكثر حكم الكل في الشرع.

والصحيح جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا أن الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الأخير تبين أن السياط كلها كانت حداً ولم يوجد الكل في حال الإسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بالإسلام.

هذا إذا شهد بعد إقامة الحد وبعد التوبة، فأما إذا شهد بعد التوبة قبل إقامة الحد فتقبل شهادته [أ/١٦٩/م] بالإجماع، ولو شهد بعد إقامة الحد/ قبل التوبة لا تقبل شهادته بالإجماع، ولو شهد قبل التوبة وقبل إقامة الحد فهي مسألة شهادة الفاسق وقد مرت.

وأما النكاح بحضرة المحدودين في القذف فينعقد بالإجماع، أما عند الشافعي[2] رحمه الله فلأن له شهادة أداء فكانت له شهادة سماعاً، وأما عندنا فلأن حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والإنكار لاندفاع الحاجة بالشهادة بالتسامع بل لرفع ريبة الزنا والتهمة به، وذا يجعل بحضرة المحدودين في القذف فينعقد النكاح بحضرتهم ولا تقبل شهادتهم للنهي عن القبول، والانعقاد ينفصل عن القبول في الجملة.

---

(١) سورة النور، الآية: (٤).
(٢) انظر «الأم» (٦/٢٠٩).

وأما المحدود في الزنا والسرقة والشرب فتقبل شهادته بالإجماع إذا تاب لأنه صار عدلاً.

والقياس: أن تقبل شهادة المحدود في القذف إذا تاب لولا النص الخاص بعدم القبول على التأبيد.

ومنها: أن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنماً ولا يدفع عن نفسه مغرماً بشهادته لقوله عليه الصلاة والسلام: «لاَ شَهَادَةَ لِجَارِ المَغْنَمِ وَلاَ لِدَافِعِ المَغْرَمِ»[1] ولأن شهادته إذا تضمنت معنى النفع والدفع فقد صار متهماً، ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله ﷺ ولأنه إذا جر النفع إلى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى عز وجل بل لنفسه فلا تقبل.

وعلى هذا تخرج شهادة الوالد وإن علا لولده وإن سفل، وعكسه، أنها غير مقبولة، لأن الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل.

وذكر الخصاف رحمه الله في أدب القاضي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «لاَ تُقبَلُ شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ وَلاَ الْوَلَدِ لِوَالِدِهِ وَلاَ السَّيِّدِ لِعَبدِهِ وَلاَ العَبدِ لسَيِدِهِ ولاَ الزَّوْجةِ لِزَوجِهَا ولاَ الزَّوجِ لِزوجَتِهِ»[2].

وأما سائر القرابات كالأخ والعم والخال ونحوهم: فتقبل شهادة بعضهم لبعض لأن هؤلاء ليس لبعضهم تسلط في مال البعض عرفاً وعادة فالتحقوا بالأجانب. وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد من الرضاع لوالده من الرضاع، لأن العادة ما جرت بانتفاع هؤلاء بعضهم بمال البعض فكانوا كالأجانب، ولا تقبل شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا.

وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه/ فلا تقبل عندنا، وعند الشافعي[3] رحمه الله تقبل، واحتج [ب/١٦٩/م] بعمومات الشهادة من غير تخصيص نحو قوله تعالى جلا وعلا: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَينِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾[4] وقوله عز شأنه: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾[5] وقوله عظمت كبرياؤه: ﴿مِمَّنْ تَرْضَونَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[6] من غير فصل بين عدل وعدل ومرضي ومرضي.

ولنا: ما روينا من النصوص من قوله عليه الصلاة والسلام: «لاَ شَهَادَةَ لِجَارِ المَغْنَمِ وَلاَ شَهَادَةَ لِلمُتَّهَمِ»[7]، وأحد الزوجين بشهادته للزوج الآخر يجر المغنم إلى نفسه، لأنه ينتفع بمال صاحبه عادة فكان شاهداً لنفسه لما روينا من حديث الخصاف رحمه الله.

وأما العمومات فنقول بموجبها: لكن لِمَ قلتم إن أحد الزوجين في الشهادة لصاحبه عدل ومرضي، بل

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٥٣٧١) وابن أبي شيبة (٥/ ٣٤٢).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥/ ٣٤٢) عن إبراهيم من قوله وعبد الرزاق في «المصنف» (١٥٤٧٤) (٨/ ٣٤٤) عن شريح. والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٠١).

(٣) انظر «الأم» (٧/ ٤٦).

(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٨٣).

(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٦) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٧) ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥/ ٣٤١) وعبد الرزاق في «المصنف» (١٥٣٦٤). والترمذي في «السنن» كتاب الشهادات باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته (٢٢٩٩).

هو مائل ومتهم لما قلنا لا يكون شاهداً فلا تتناوله العمومات. وكذا لا تقبل شهادة الأجير له في الحادثة التي استأجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع إلى نفسه. ولا تقبل شهادة أحد الشريكين لصاحبه في مال الشركة. ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة وأبي يوسف رحمه الله. وعند محمد رحمه الله جائزة.

وعلى هذا الخلاف لو شهدا أن الميت أوصى لهما بالثلث، وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بالثلث. ولو شهدا أن الميت غصبهما داراً أو عبداً وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين ألف درهم فشهادة الفريقين جائزة بالإجماع. لمحمد رحمه الله: أن كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهماً في شهادته. ولهما: أن ما يأخذه كل فريق فالفريق الآخر يشاركه فيه فكان كل فريق شاهداً لنفسه، بخلاف ما إذا اختلف جنس المشهود به لأن ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها: أن لا يكون خصماً، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لاَ تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلاَ ظَنِينٍ»[1] ولأنه إذا كان خصماً فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل.

وعلى هذا تخرج شهادة الوصي للميت واليتيم الذي في حجره لأنه خصم فيه، وكذا شهادة الوكيل لموكله لما قلنا.

[١/١٧٠أ] **ومنها**: أن يكون عالماً بالمشهود به وقت الأداء ذاكراً له عند أبي حنيفة/ رحمه الله، وعندهما ليس بشرط، حتى إنه لو رأى اسمه وخطه وخاتمه في الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة لا يحل له أن يشهد. ولو شهد وعلم القاضي به لا تقبل شهادته عنده، وعندهما له أن يشهد، ولو شهد تقبل شهادته.

وجه قولهما: أنه لمّا رأى اسمه وخطه وخاتمه على الصك دل أنه تحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له أداؤها، وإذا أداها تقبل، ولأن النسيان أمر جبل عليه الإنسان خصوصاً عند طول المدة بالشيء، لأن طول المدة ينسي، فلو شرط تذكر الحادثة لأداء الشهادة لانسد باب الشهادة فيؤدي إلى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز، ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى جل شأنه: ﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾[2] وقوله عليه الصلاة والسلام لشاهد: «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلاَّ فَدَعْ»[3] ولا اعتماد على الخط والختم لأن الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم، ويجري فيه الاحتيال والتزوير مع ما أن الخط للتذكر، فخط لا يذكر وجوده وعدمه بمنزلة واحدة.

وعلى هذا الخلاف إذا وجد القاضي في ديوانه شيئاً لا يذكره، وديوانه تحت ختمه أنه لا يعمل به عنده، وعندهما يعمل إذا كان تحت ختمه. وعلى هذا الخلاف إذا عزل القاضي ثم استقضي بعدما عزل فأراد

---

(١) أخرجه الترمذي في «جامعه» في الشهادات، باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته برقم (٢٢٩٨). وقال: حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي، ويزيد يضعف في الحديث ولا يعرف هذا الحديث من حديث الزهري إلا من حديثه. وقال أبو جعفر الطحاوي بعد ذكره الحديث بسنده: يزيد بن أبي زياد، ليس فمن يحتج به. انظر «مختصر اختلاف العلماء» (٣/٣٢٩).

(٢) سورة الإسراء، الآية: (٣٦).

(٣) تقدم تخريجه.

أن يعمل بشيء مما يرى في ديوانه الأول ولم يذكر ذلك ليس له ذلك عنده، وعندهما له ذلك، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الشرائط التي ترجع إلى نفس الشهادة فأنواع: منها لفظ الشهادة فلا تقبل بغيرها من الألفاظ، كلفظ الإخبار والإعلام ونحوهما، وإن كان يؤدي معنى الشهادة تعبداً غير معقول المعنى.

ومنها: أن تكون موافقة للدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فإن خالفتها لا تقبل إلا إذا وفق المدعي بين الدعوى وبين الشهادة عند إمكان التوفيق لأن الشهادة إذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعذر التوفيق انفردت عن الدعوى، والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبولة.

وبيان ذلك في مسائل: إذا/ ادعىٰ ملكاً بسبب ثم أقام البينة على ملك مطلق لا تقبل، وبمثله لو ادعى [ب/١٧٠/م] ملكاً مطلقاً ثم أقام البينة على الملك بسبب تقبل. ووجه الفرق: أن الملك المطلق أعم من الملك بسبب لأنه يظهر من الأصل حتى تستحق به الزوائد، والملك بسبب يقتصر على وقت وجود السبب فكان الملك المطلق أعم فصار المدعي بإقامة البينة على الملك المطلق مكذِّباً شهودَه في بعض ما شهدوا به والتوفيق متعذر لأن الملك من الأصل ينافي الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معاً في محل واحد، بخلاف ما إذا ادعى الملك المطلق ثم أقام البينة على الملك بسبب، لأن الملك بسبب أخص من الملك المطلق على ما بينا فقد شهدوا بأقل مما ادعى فلم يصر المدعي مكذِّباً شهودَه بل صدقهم فيما شهدوا به وادَّعى زيادة شيء لا شهادة لهم عليه، وصار كما لو ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد الشهود على ألف أنه تقبل البينة على الألف لما قلنا. كذا هذا.

ولو ادعى الملك بسبب معين ثم أقام البينة على الملك بسبب آخر بأن ادعى داراً في يد رجل أنه ورثها من أبيه ثم أقام البينة على الملك أنه اشتراها من صاحب اليد أو وهبها له أو تصدق بها عليه وقبض، أو ادعى الشراء أو الهبة أو الصدقة ثم أقام البينة على الإرث لا تقبل بينته لأن الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف البينتين صورة ومعنًى. أما الصورة فلا شك فيها، وأما المعنى فلأن حكم البينتين يختلف فلا يقبل إلا إذا وفق بين الدعوى والشهادة فقال: كنت اشتريت منه لكنه جحدني الشراء وعجزت عن إثباته، فاستوهبت منه فوهب مني وقبضت وأعاد البينة تقبل، لأنه إذا وفق فقد زالت المخالفة وظهر أنه لم يكذب شهوده. ويصير هذا في الحقيقة ابتداءً، ولهذا يجب عليه إعادة البينة لتقع الشهادة عند الدعوى.

وكذا إذا وفق فقال: ورثته من أبي إلا أنه جحد إرثي فاشتريت منه أو وهب لي فإنها تقبل لزوال التناقض والاختلاف بين الدعوى والشهادة/ . [أ/١٧١/م]

ولو ادعى الشراء بعد هذا وأقام البينة على الشراء بألف درهم لا تقبل. لأن البدل قد اختلف. واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد. فقد قامت البينة على عقد آخر غير ما ادعاه المدعي فلا تقبل إلا إذا وفق المدعى فقال: اشتريت بالعبد إلا أنه جحدني الشراء به فاشتريته بعد ذلك بألف درهم فتقبل لزوال المخالفة.

وهذا إذا كان دعوى التوفيق في مجلس آخر بأن قام عن مجلس الحكم ثم جاء وادعى التوفيق. فأما إذا

لم يقم عن مجلس الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة. ولو ادعى أنه له ثم أقام البينة على أنه لفلان وكله بالخصومة فيه تقبل بينته. وبمثله لو ادعى أنه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البينة على أنه له لا تقبل.

ووجه الفرق: أن قوله أولاً: إنه لي لا ينفي قوله إنه لفلان وكلني بالخصومة فيه لجواز أن يكون له بحق الخصومة والمطالبة ولغيره بحق الملك فكان التوفيق ممكناً فقبلت البينة بخلاف الفصل الثاني، لأن قوله هو لفلان وكلني بالخصومة فيه ينفي قوله بعد ذلك هو لي، لأنه صرح بأن الملك فيه لفلان وأنه وكيل بالخصومة فيه بقوله: إنه لفلان وكلني بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لي إقراراً منه بالملك لنفسه فكان مناقضاً فلا تقبل.

ولو ادعى أنه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم أقام البينة على أنه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه لا تقبل، لأن قوله أولاً: إنه لفلان وكلني بالخصومة فيه كما ينفي قوله إنه لي ينفي قوله: إنه لفلان آخر وكلني بالخصومة فيه فلا تقبل إلا إذا وفق فقال: إن الموكل الأول باع من الموكل الثاني، ثم وكلني الثاني بالخصومة فيقبل لزوال المناقضة.

ولو ادعى في ذي القعدة أنه اشترى منه هذه الدار في شهر رمضان بألف ونقده الثمن ثم أقام البينة على أنه تصدق/ بالدار على المدعي في شعبان لا تقبل بينته لأن دعوى التصدق في شعبان تنافي الشراء في شهر رمضان لاستحالة شراء الإنسان ملك نفسه والتوفيق غير ممكن فلا تقبل. [ب/١٧١/م]

وإن أقام البيّنة على التصدق في شوال ووفق فقال: جحدني الشراء ثم تصدق بها عليّ تقبل.

ولو ادعى داراً في يدي رجل أنها له وأقام البينة على أنها كانت في يد المدعي بالأمس لا تقبل. وعن أبي يوسف أنها تقبل ويؤمر بالرد إليه، ولو أقام صاحب اليد البينة على أنها كانت ملكاً للمدَّعي تقبل بالإجماع.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: أن البينة لما قامت على أنها ما كانت في يده فالأصل في الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان، ولأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة، ولو ثبت بالمعاينة أو بالإقرار أنه كان في يده بالأمس يؤمر بالرد إليه. كذا هذا.

وجه ظاهر الرواية: أن الشهادة قامت على يد كانت فلا يثبت الكون للحال إلا بحكم استصحاب الحال وإنه لا يصلح للإلزام، ولأن اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة، وقد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة فكانت محتملة، والمحتمل لا يصلح حجة، بخلاف الملك والمعاينة، وبخلاف الإقرار لأنه حجة بنفسه والبينة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضي ولا وجه للقضاء بالمحتمل، ولو أقام البيّنة أنها كانت في يده بالأمس فأخذها هذا منه أو غصبها أو أودعه أو أعاره تقبل ويُقضى للخارج، لأنه علم بالبينة أنه تلقي اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد إليه.

وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى داراً في يد رجل أنه ورثها من أبيه وأقام البينة على أنها كانت لأبيه فنقول هذا لا يخلو من أربعة أوجه: إما أن شهدوا أن الدار كانت لأبيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثاً له، وإما أن قالوا: أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له، وإما أن قالوا: أنها كانت في يد أبيه يوم الموت، وإما أن أثبتوا

من أبيه فعلا فيها عند موته.

أما الوجه الأول: فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة، وعلى قول أبي يوسف تقبل.

وكذا لو شهدوا أنها كانت لأبيه مات قبلها لا تقبل. قالوا: يجب أن يكون هذا على قولهما، أما على قول أبي يوسف على ما روي عنه في «الأمالي» ينبغي أن تقبل.

وجه قوله: أن الملك متى ثبت لأبيه بشهادتهم فالأصل فيما ثبت يبقىٰ إلى أن يوجد المزيل فصار كما لو شهدوا أنها كانت لأبيه يوم الموت أيضاً. وجه قولهما: أن الشهادة خالفت الدعوى لأن المدعي/ ادعى[أ/١٧٢/م] ملكاً كائناً والشهادة وقعت بملك كان لا بملك كائن فكانت الشهادة مخالفة للدعوى فلا يقبل. قوله: ما ثبت يبقى؟. قلنا: نعم، لكن لا حكمَ لدليل الثبوت، لأن دليل الثبوت لا يتعرض للبقاء، وإنما البقاء بحكم استصحاب الحال وأنه لا يصلح حجة للاستحقاق.

ولو شهدوا أنها كانت لجده فعندهما لا يقضي بها ما لم يشهدوا بالميراث بأن يقولوا: مات جده وتركها لأبيه ثم مات أبوه وتركها ميراثاً له. وعند أبي يوسف ينظر إن علم أن الجد مات قبل الأب يقضىٰ بها له، وإن علم أن الأب مات قبل الجد أو لم يعلم لم يقض بها. ولو شهدوا أنها لأبيه لا يقضى بها له، منهم من قال: هذا على الاتفاق، ومنهم من قال: هو على الخلاف الذي ذكرنا وهو الصحيح، فإنه روي عن أبي يوسف أنها تقبل.

وأما الوجه الثاني: وهو ما إذا شهدوا أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له فلا شك أن هذه الشهادة مقبولة لأنهم شهدوا بالملك الموروث عند الموت والترك ميراثاً له، وهو تفسير الملك الموروث.

وأما الوجه الثالث: وهو ما إذا شهدوا أنها كانت في يده يوم الموت فالشهادة مقبولة لأن مطلق اليد من الأصل يحمل على يد المالك فكانت الشهادة بيد قائمة عند الموت شهادة بملك قائم عند الموت، فإذا مات فقد ترك فثبت الملك له في المتروك، إذ هو تفسير الملك الموروث، ولأن يده إن كانت يد ملك كان الملك ثابتاً للمورث عند الموت، وإن كانت يد أمانة انتقلت يد ملك إذا مات مجهلاً؛ لأن التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان، ووجوب الضمان سبب لثبوت الملك في المضمون عندنا.

وأما الوجه الرابع: وهو ما إذا ثبت ليد المشهود من الأب فعلاً في العين عند الموت فهذا على وجهين: إما أن يكون ذلك فعلاً هو دليل اليد، وإما أن يكون فعلاً ليس هو دليل اليد، والفعل الذي هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل في النقليات كاللبس والحمل أو فعل يوجد للنقل عادة كالركوب في الدواب/ أو فعلاً يوجد في الغالب من الملاك فيما لا يقبل النقل لا من غيرهم كالسكنى في الدور، والفعل[ب/١٧٢/م] الذي ليس بدليل اليد هو فعل ثبت في النقليات من غير نقل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط أو فعل ليس بفعل للملاك غالباً فيما لا يقبل كالنوم والجلوس في الدار وأشباه ذلك، فإن كان فعلاً هو دليل اليد تقبل الشهادة القائمة على ثبوته عند موت الأب، لأن الشهادة القائمة على ما هو دليل اليد عند الموت قائمة على اليد عند الموت، وإن كان فعلاً ليس بدليل لا تقبل الشهادة لأنه لم يوجد دليل اليد التي

هي دلالة الملك، وعلى هذا يخرج ما إذا أقام المدعي البينة أن أباه مات في هذه الدار إنها لا تقبل لأنه لم توجد الشهادة على اليد الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غالباً، لأن الدار قد يموت فيها المالك وقد يموت فيها غير المالك من الزوار والضيف ونحوه.

ولو شهدوا أنه مات وهو لابس هذا القميص أو لابس هذا الخاتم تقبل، لأن لبس القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد عند الموت. أطلق محمد رحمه الله في الجامع الجواب في الخاتم، ومنهم من حمل جواب الكتاب على ما إذا كان الخاتم في خنصره أو بنصره يوم الموت وزعم أنه إذا كان فيما سواهما من الأصابع لا تقبل الشهادة، لأن استعمال الملاك في الخاتم هذا عادة فكانت الشهادة القائمة عليه قائمة على اليد.

فأما جعله فيما سواهما من الأصابع من الملاك فهو ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم فلا يكون دليل اليد. ولهذا قالوا: لو جعل المودع الخاتم في خنصره أو بنصره فضاع من يده يضمن لما أنه استعمله. ولو جعله فيما سواهما من الأصابع فضاع لا يضمن، لما أن ذلك حفظ وليس باستعمال، والصحيح إطلاق جواب الكتاب لأن فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلاً على اليد.

[أ/١٧٣/م] ولو شهدوا أنه مات وهو جالس/ على هذا البساط أو على هذا الفراش أو نائم عليه لا تقبل، لأن هذه الأفعال تتصور من غير نقل، ولا تفعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد.

فإن قيل: أليس أنه لو تنازع اثنان في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به أنه يكون بينهما نصفين، وهذا دليل ثبوت يديهما عليه.

قيل له: إنما قضي به بينهما نصفين لدعواهما أنه في يديهما لا لثبوت اليد، لأن الجلوس عليه والتعلق به كل واحد منهما يتحقق بدون النقل ولا يوجدان النقل غالباً على ما بينا فلا يكون دليل اليد.

ولو شهدوا أنه مات وهو راكب على هذه الدابة تقبل ويقضى بالدابة للوارث، لأن الركوب وإن كان يتهيأ بدون نقل الدابة إلا أنه لا يفعل عادة إلا للنقل فكان دليل اليد.

ولو شهدوا أنه مات وهو ساكن هذه الدار تقبل ويقضى للوارث، وروي عن أبي يوسف أنه لا تقبل ولا يقضي.

ووجهه: أن فعل السكنى في الدار كما يوجد من الملاك يوجد من غيرهم فلا يصلح دليلاً على اليد، والصحيح جواب ظاهر الرواية، لأن السكنى فعل يوجد في الغالب من الملاك لا من غيرهم. هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه. ولو شهدوا أنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه ولم يشهدوا أنه كان حاملاً له لا تقبل ولا يستحق المدعي بهذا شيئاً، لأنه يحتمل أنه وضعه بنفسه أو وضعه غيره، ويحتمل أنه وقع عليه من غير صنع أحد بأن هبت ريح به فألقته على رأسه، فوقع الشك في النقل منه فلا يثبت النقل منه بالشك فلا تثبت اليد بالشك.

ثم نقول: إذا شهد الشهود أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً للورثة فلا يخلو إما أن قالوا: هذا وارثه

لا وارث له غيره، وأما أن قالوا: هو وارثه لا نعلم أن له وارثاً غيره. وإما أن قالوا: هو وارثه ولم يقولوا. لا وارث له غيره ولا قالوا: لا نعلم له وارثاً غيره.

فأما الوجه الأول: وهو ما إذا قالوا: هو وارثه لا وارث له غيره فإنه تقبل شهادتهم استحساناً، والقياس أن لا تقبل لأنها كشهادة على ما لا علم للشاهد به لاحتمال أن يكون له وارث لا يعلمه، وقد قال عليه الصلاة والسلام للشَّاهِدِ: «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ/ وإِلاَّ فَدَعْ»[1]. [ب/١٧٣/م]

وجه الاستحسان: أن قولهم «لا وارث له غيره» معناه في متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم له وارثاً غيره أو لا وارث له غيره في علمنا. ولو نص على ذلك لقبلت شهادتهم فكذا هذا. والله سبحانه أعلم.

وأما الوجه الثاني: وهو ما إذا قالوا: هو وارثه لا نعلم له وارثاً غيره تقبل شهادتهم عند عامة العلماء رضي الله عنهم. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: لا تقبل حتى يقولوا لا وارث له غيره، لأنهم لو لم يقولوا لا وارث له غيره احتمل أن يكون له وارث غيره لا يعلمونه، والصحيح قول العامة لأن الشاهد إنما تحل له الشهادة بما في علمه، ونفي وارث آخر ليس في علمه فلا تحل له الشهادة به إلا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا. ولو قالوا: لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصر أو في أرض كذا تقبل عند أبي حنيفة وعندهما: لا تقبل.

وجه قولهما: أن قولهم لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصر لا ينفي وارثاً غيره لجواز أن يكون له وارث آخر في مصر آخر، ولأبي حنيفة رحمه الله: أنه لو كان له وارث آخر في موضع آخر لعلموه لأن وارث الإنسان لا يخفى على أهل بلده عادة فكان التخصيص والتعميم فيه سواء. ثم إذا شهدوا أنه وارثه لا وارث له غيره، أو شهدوا أنه وارثه لا نعلم له وارثاً غيره، أو لا نعلم له وارثاً غيره في هذا المصر على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فإنه يدفع كل التركة إليه، سواء كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب كالابن والأب والأم ونحوهم. أو يحتمله كالأخ والأخت والجد ونحوهم، لأنه تعين وارثاً له فيدفع إليه جميع الميراث. إلا إذا كان زوجاً أو زوجة فلا يعطى إلا أكثر نصيبه، فلا يعطى الزوج إلا النصف ولا تعطى المرأة إلا الربع، لأنهما لا يستحقان من الميراث أكثر من ذلك، لأنه لا يرد عليهما. وفي هذين الموضعين لا يؤخذ من الوارث كفيل بالإجماع.

وأما الوجه الثالث: وهو ما إذا شهدوا أنه وارثه ولم يقولوا: لا وارث له غيره ولا قالوا: لا نعلم له وارثاً غيره فإنه ينظر إن كان ممن يحتمل الحجب لا يدفع إليه شيء لجواز أن يكون ثمة حاجب، فإن كان لا يعطى وإن لم يكن يعطى بالشك، وإن كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع إليه جميع المال إلا الزوج والزوجة فإنه لا يدفع إليهما إلا/ نصيبهما وهو أكثر النصيبين عند محمد رحمه الله للزوج النصف وللمرأة الربع. [أ/١٧٤/م]

وعند أبي يوسف رحمه الله: أقل النصيبين للزوج الربع والمرأة الثمن في ظاهر الرواية عنه. وجه قول محمد رحمه الله: أن النقصان عن أكثر النصيبين باعتبار المزاحمة وفي وجود المزاحم شك فلا يثبت النقصان بالشك. ولأبي يوسف رحمه الله: أن الأقل ثابت بيقين، وفي الزيادة شك فلا تثبت الزيادة بالشك. وروي

(١) تقدم تخريجه.

عنه رواية أخرى أن للزوج الربع وللمرأة ربع الثمن لجواز أن يكون له أربع نسوة فيكون لها ربع الثمن، لأنه ثابت بيقين وفي الزيادة شك.

وروى عنه أصحاب «الإملاء»: وللزوج الخمس وللمرأة ربع التسع. أما الزوج فلأن من الجائز أن يكون للمرأة أبوان وبنتان وزوج. أصل المسألة من اثني عشر للأبوين السدسان أربعة وللبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفريضة من خمسة عشر، وثلاثة من خمسة عشر خمسها فذلك للزوج. وأما المرأة فلأن من الجائز أن يكون للميت أبوان وبنتان وزوجة أصل المسألة من أربعة وعشرين للأبوين السدسان ثمانية وللبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجة الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة أسهم فصارت الفريضة سبعة وعشرين وثلاثة من سبعة وعشرين تسعها، ثم من الجائز أن يكون معها ثلاثة أخرى فيكن أربع زوجات فيكون لها ربع التسع وثلاثة على أربعة لا تستقيم فتضرب أربعة في تسعة ويكون ستة وثلاثين سهماً تسعها أربعة فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلاثين سهماً.

ثم في هذا الوجه الثالث إذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال إليه هل يؤخذ منه كفيل؟.

قال أبو حنيفة عليه الرحمة: لا يؤخذ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يؤخذ.

وجه قولهما: أن أخذ الكفيل لصيانة الحق والحاجة مست إلى الصيانة لاحتمال ظهور وارث آخر فيؤخذ الكفيل نظراً للوارث كما في رد الآبق واللقطة إلى صاحبها. ولأبـي حنيفة رحمه الله: أن حق الحاضر للحال ثابت بيقين، وفي ثبوت الحق لوارث آخر شك لأنه قد يظهر وارث آخر وقد لا يظهر فلا يجوز تعطيل الحق الثابت بيقين لحق مشكوك فيه، مع ما أن المكفول له مجهول، والكفالة للمجهول غير صحيحة. وإنما [ب/١٧٤/م] أخذ/ الكفيل بتسليم الآبق واللقطة فقد قيل: إنه قولهما لما أن في المسألة روايتان: فأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤخذ الكفيل على أنا سلمنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لأن الراد إنما يأخذ الكفيل لنفسه كيلاً يلزمه الضمان فلم تكن كفالة لمجهول.

وذكر أبو حنيفة رحمه الله هذه المسألة في «**الجامع الصغير**»، وقال هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم أرأيت لو لم يجد كفيلاً كنت أمنعه حقه. دلت تسميته أخذ الكفيل ظلماً على أن مذهبه أن ليس كل مجتهد مصيباً إذ الصواب لا يحتمل أن يكون ظلماً، فدلت المسألة على براءة ساحته عن لوث الاعتزال بحمد الله ومنه.

وأما الذي يرجع إلى المشهود به: فمنها أن تكون الشهادة بمعلوم فإن كانت بمجهول لم تقبل، لأن علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه فما لم يعلم لا يمكنه القضاء به.

وعلى هذا يخرج ما إذا شهد رجلان عن القاضي أن فلاناً وارث هذا الميت لا وارث له غيره أنه لا تقبل شهادتهما لأنهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث أسباب الوراثة واختلاف أحكامها فلا بد أن يقولوا: ابنه ووارثه لا يعلمون له وارثاً غيره أو أخوه لأبيه وأمه لا يعلمون له وارثاً غيره، وقوله لا يعلمون له وارثاً غيره لئلا يتلوم القاضي لا لأنه من الشهادة عند محمد رحمه الله لجنس هذه المسائل باباً في «**الزيادات**» يعرف ثمة إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن يكون المشهود به معلوماً للشاهد عند أداء الشهادة حتى لو ظن لا تحل له الشهادة وإن رأى خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما إن رأى خطه وختمه له أن يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين.

وأما الذي يخص المكان فواحد وهو مجلس القاضي لأن الشهادة لا تصير حجة ملزمة إلا بقضاء القاضي فتختص بمجلس القضاء والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الشرائط التي تخص بعض الشهادات دون البعض فأنواع أيضاً:

منها: الدعوى في الشهادة القائمة على حقوق العباد من المدعي بنفسه أو نائبه لأن الشهادة في هذا الباب شرعت لتحقيق قول المدعي، ولا يتحقق قوله إلا بدعواه إما بنفسه وإما بنائبه.

وأما حقوق الله تبارك وتعالى: فلا يشترط فيها الدعوى، كأسباب الحرمات من الطلاق وغيره، وأسباب الحدود الخالصة/ حقاً لله تعالى، إلا أنه شرطت الدعوى في باب السرقة، لأن كون المسروق ملكاً [أ/١٧٥/م] لغير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعاً ولا يظهر ذلك إلا بالدعوى، فشرطت الدعوى لهذا. واختلف في عتق العبد أنه حق للعبد فتشترط فيه الدعوى أو حق لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى، مع الاتفاق على أن عتق الأمة حق لله تعالى لما علم من الخلاف في كتاب العتاق، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالى: ﴿فاسْتَشْهِدُوْا شَهِيدين منْ رِجَالِكُمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُوْنَا رَجُلَيْن فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾[1].

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾[2] ولأن الواجب على الشاهد إقامة الشهادة لله عز وجل. الآية. وهو قوله تعالى: ﴿وأَقيمواْ الشَّهَادَةَ لله﴾[3] تَعَالَى وقوله تعالى: ﴿كُوْنُوْا قَوَّامِيْنَ بالقِسْطِ شُهَدَاءَ للَّهِ﴾[4] ولا تقع الشهادة لله إلا وأن تكون خالصة صافية عن جر النفع. ومعلوم أن في الشهادة منفعة للشاهد من حيث التصديق، لأن من صدق قوله يتلذذ به، فلو قبل قول الفرد لم تخل شهادته عن جر النفع إلى نفسه فلا يخلص لله عز وجل.

فشرط العدد في الشهادة ليكون كل واحد مضافاً إلى قول صاحبه فتصفو الشهادة لله عز شأنه، ولأنه إذا كان فرداً يخاف عليه السهو والنسيان، لأن الإنسان مطبوع على السهو والغفلة، فشرط العدد في الشهادة ليذكر البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة، كما قال الله تعالى في إقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة: ﴿أَنْ تَضِلَّ احْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾[5] ثم الشرط عدد المثنى في عموم الشهادات القائمة على ما يطلع عليه الرجال، إلا في الشهادة بالزنا فإنه يشترط فيها عدد الأربعة لقوله تعالى: ﴿والذِينَ يَرمُونَ

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).
(٢) سورة النور، الآية: (٤).
(٣) سورة الطلاق، الآية: (٢).
(٤) سورة النساء، الآية: (٣٥).
(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾(٢) وقوله تعالى: ﴿الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾(١) ولأن الشهادة في هذا الباب أحد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الآخر وهو الإقرار، ثم عدد الأقارير الأربعة شرط ظهور الزنا عندنا، فكذا عدد الشهود الأربعة بخلاف سائر الحدود فإنه لا يشترط العدد في الإقرار لظهورها فكذا في الشهادة ولأن عدد الأربعة في الزنا ثبت نصاً/ بخلاف القياس، لأن خبر من [ب/١٧٥/م] ليس بمعصوم من الكذب لا يخلو عن احتمال الكذب. وعدد الأربعة في احتمال الكذب مثل عدد المثنى ما لم يدخل في حد التواتر، لكنا عرفناه شرطاً بنص خاص معدولاً به عن القياس فبقي سائر الأبواب على أصل القياس.

وأما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء فالعدد فيه ليس بشرط عندنا فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط. وعند مالك والشافعي رحمهما الله إن العدد فيه شرط إلا أن عند مالك رحمه الله يكتفي فيه بامرأتين وعند الشافعي(٣) رحمه الله لا بد من الأربع.

وجه قول مالك: أن شهادة الرجال لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة وجب الاكتفاء بعددهم من النساء.

ووجه قول الشافعي رحمه الله: أن الشرع أقام كل امرأتين في باب الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفي بأقل من رجلين فلا يكتفي بأقل من أربع نسوة.

ولنا: أن شرط العدد في الشهادة في الأصل ثبت تعبداً غير معقول المعنى. لأن خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لا يفيد العلم قطعاً ويقيناً. وإنما يفيده غالب الرأي وأكثر الظن. وهذا ثبت بخبر الواحد العدل. ولهذا لم يشترط العدد في رواية الأخبار. إلا أنا عرفنا العدد فيها شرطاً بالنص. والنص ورد بالعدد في شهادة النساء في حالة مخصوصة. وهي أن يكون معهن رجل بقوله تعالى عز شأنه: ﴿فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾(٤) فبقيت حالة الانفراد عن الرجال على أصل القياس. وقد روي: «**أن رسول الله ﷺ قَبِلَ شَهَادَةَ القَابِلَةِ عَلَى الوِلَادَةِ**»(٥).

ولو شهد رجل واحد بالولادة يقبل لأنه لما قبل شهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد، فإن اختلفا لم تقبل، لأن اختلافهما يوجب اختلاف الدعوى والشهادة، ولأن عند اختلاف الشهادتين لم يوجد إلا أحد شطري الشهادة ولا يُكْتَفَىٰ به فيما يشترط

---

(١) سورة النور، الآية: (٤).

(٢) سورة النور، الآية: (١٣).

(٣) انظر «الأم» (٧/ ٨٧).

(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥/ ٨٢، ٨٣) عن الزهري من قوله بمعناه.
والدارقطني في «السنن» بلفظه: (٤/ ٢٣٢) وفيه أبو عبد الرحمن المدائني وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» عن عمر أنه أجاز شهادة امرأة في الاستهلاك (١٥٤٢٩).

فيه العدد. ثم نقول: الاختلاف قد يكون في جنس المشهود به وقد يكون في قدره، وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك.

أما اختلافهما/ في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال، أما في العقد فهو أن يشهد أحدهما [أ/١٧٦/م] بالبيع والآخر بالميراث أو بالهبة أو غير ذلك فلا تقبل لاختلاف العقدين صورة ومعنًى، فقد شهد كل واحد منهما بعقد غير ما شهد به الآخر، وليس على أحدهما شهادة شاهدين.

وأما في المال فهو أن يشهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون فلا تقبل لأنهما جنسان مختلفان، وليس على أحدهما شهادة شاهدين.

وأما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو: ما إذا ادعى رجل على رجل ألفي درهم وأقام شاهدين، شهد أحدهما بألفين والآخر بألف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً وعندهما تقبل على الألف.

ولو كان المدعي يدعي ألفاً وخمسمائة، فشهد أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف تقبل على الألف بالإجماع.

وجه قولهما: أن الشهادة لم تخالف الدعوى في قدر الألف بل وافقتها بقدرها إلا أن المدعي يدعي زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع الاتفاق عليه، كما إذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بألف تقبل على الألف لما قلنا. كذا هذا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن شطر الشهادة خالف الدعوى لأن المدعي يدعي ألفين، وإنه اسم وضع دلالة على عدد معلوم، والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الأعداد، كالمتروك لألف من الإبل والهنيدة لمائة منها، ونحو ذلك، فلم تكن الألف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى، فانفردت الشهادة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فلا تقبل، بخلاف ما إذا ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحدهما بذلك والآخر بألف أنه يقبل على الألف، لأن الألف والخمسمائة اسم لعددين. ألا ترى أنه يعطف أحدهما على الآخر فيقال: ألف وخمسمائة فكان كل واحد منهما بانفراده داخلاً تحت الدعوى، فالشهادة القائمة عليهما تكون قائمة على كل واحد منهما مقصوداً، فإذا شهد أحدهما بألف فقد شهد بأحد العددين الداخلين/ تحت الدعوى فكانت الشهادة موافقة للدعوى في عدد [ب/١٧٦/م] الألف فَيُقْضَىٰ به للمدعي لقيام الحجة عليه بخلاف الألف والألفين لأنه اسم لعدد واحد لا تصح على ما دونه بحال، فلم تكن الألف المفردة داخلة تحت الدعوى فكانت الشهادة القائمة عليها شهادة على ما لم يدخل تحت الدعوى فلا تقبل فهو الفرق بينهما.

ولو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بالألف والآخر بألفين لا تقبل على الألف بالإجماع لأن المدعي كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به، فأوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألفان إلا أنه كان قد قضاني ألفاً ولم يعلم به الشاهد فيقبل.

وكذا لو ادعى ألفاً فشهد أحدهما بها والآخر بألف وخمسمائة لا تقبل لما قلنا، إلا إذا وفق فقال: كان

لي عليه ألف وخمسمائة إلا أنه قضاني خمسمائة ولم يعلم بها الشاهد فتقبل، لأنه إذا وفق فقد زال الاختلاف المانع من القبول. ولو ادعى على رجل أنه باع عبده بألفي درهم وهو ينكر فشهد شاهد بألفين وآخر بألف، أو ادعى أنه باعه بألف وخمسمائة فشهد أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف لا تقبل بالإجماع. لأن الشاهدين اختلفا في البدل. واختلاف البدلين يوجب اختلاف العقدين فصار كل واحد منهما شاهداً بعقد غير عقد صاحبه وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا تقبل ولا يثبت العقد.

وكذا لو كان المشتري مدعياً والبائع مدعى عليه لما قلنا. فإن كان هذا في الإجارة ينظر إن كانت الدعوى من المؤاجرة في مدة الإجارة لا تقبل لأن هذا يكون دعوى العقد وليس على أحد العاقدين شهادة شاهدين فلا تقبل كما في باب البيع، وإن كانت الدعوى بعد انقضاء مدة الإجارة فهذا دعوى المال لا دعوى العقد فكان حكمه حكم سائر الديون وقد ذكرناه على الاتفاق والاختلاف

هذا إذا كانت الدعوىٰ من المؤاجر فإن كانت من المستأجر لا تقبل، سواء كانت الدعوى في المدة أو بعد انقضائها، لأن هذا دعوى العقد.

[أ/١٧٧م] ولو كان هذا في النكاح فإن كانت الدعوى من المرأة فهذا دعوى المال/ عند أبـي حنيفة عليه الرحمة، حتى إنها لو ادعت على رجل أنه تزوجها على ألف وخمسمائة فشهد لها شاهدان أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف تقبل والنكاح جائز بألف درهم، وعندهما لا تقبل ولا يجوز النكاح، لأن هذا دعوى العقد. ولو كانت الدعوى من الرجل، والمرأة تنكر لا تقبل بالإجماع، لأن هذا دعوى العقد، ولو كانت الدعوى في الخلع أو في الطلاق على مال أو في العتاق أو في الصلح عن دم العمد على مال، فإن كانت الدعوى من الزوج أو من المولى أو وَلِيِّ القصاص تقبل لأن هذا دعوى المال، وإن كانت الدعوى من المرأة أو العبد أو القاتل لا تقبل، لأن هذا دعوى العقد.

ولو كان هذا في الكتابة فإن كانت الدعوى من المكاتب لا تقبل لأن هذا دعوى العقد فلا تقبل ولا تصح الكتابة، وإن كانت من المولى فلا تصح لأن للمكاتب أن يعجز نفسه متى شاء.

وأما اختلاف الشهادة في الزمان والمكان فإنه ينظر إن كان ذلك في الأقارير لا يمنع القبول، وإن كان في الأفاعيل من القتل والقطع والغصب وإنشاء البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها يمنع القبول.

ووجه الفرق: أن الإقرار مما يحتمل التكرار فيمكن التوفيق بين الشهادتين لسماعه عن الإقرار في زمانين أو مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل والقطع وإنشاء البيع وغيره من العقود والفسوخ، لأن هذا لا يحتمل التكرار، فاختلاف الزمان والمكان فيها يوجب اختلاف الشهادتين فيمنع القبول وبالله التوفيق.

ولو ادعى رجل على رجل قرض ألف درهم، فشهد شاهدان أحدهما على القرض والآخر على القرض والقضاء يقضى بشهادتهما على القرض ولا يُقْضَىٰ بالقضاء في ظاهر الرواية.

وروي عن أبـي يوسف رحمه الله أنه لا يقضي بشهادتهما بالقرض أيضاً، لأنهما وإن اجتمعا على الشهادة بالقرض لكن الذي شهد بالقضاء فسخ شهادته بالقرض فبقي على القرض شاهد واحد فلا يقضي

بالشهادة، والصحيح جواب ظاهر الرواية لأن الشهادتان اختلفتا في القضاء لا في القرض/ ، بل اتفقا على [ب/١٧٧/م] القرض فيقضي به.

وقوله: شاهد القضاء فسخ شهادته بالقرض. قلنا: ممنوع بل قرر شهادته على القرض لأن قضاء القرض بعد الفرض يكون.

وأما الذي يرجع إلى المكان فواحد وهو: مجلس القضاء.

ومنها: الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء لما روي عن الزهري رحمه الله أنه قال: مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعدهما رضوان الله تعالى عليهما أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص، ولأن الحدود والقصاص مبناهما على الدرء والإسقاط بالشبهات، وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة لأنهن جبلن على السهو والغفلة ونقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة، بخلاف سائر الأحكام لأنها تجب مع الشبهة، ولأن جواز شهادة النساء على البدل من شهادة الرجال، والأبدال في باب الحدود غير مقبولة كالكفالات والوكالات.

وأما الشهادة على الأموال فالذكورة ليست فيها بشرط والأنوثة ليست بمانعة بالإجماع فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقول الله تبارك وتعالى في باب المداينة: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[1] واختلف في اشتراطها في الشهادة بالحقوق التي ليس بمال كالنكاح والطلاق والنسب. قال أصحابنا رضي الله عنهم: ليست بشرط، وقال الشافعي[2] رضي الله عنه: شرط.

وجه قول الشافعي رحمه الله: أن شهادة النساء حجة ضرورة لأنها جعلت حجة في باب الديانات عند عدم الرجال ولا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال لاندفاع الحاجة فيها بشهادة الرجال، ولهذا لم تجعل حجة في باب الحدود والقصاص، وكذا لم تجعل حجة بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال.

ولنا قوله تبارك وتعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا﴾[3] الآية جعل الله سبحانه وتعالى لرجل وامرأتين شهادة على الإطلاق، لأنه سبحانه وتعالى جعلهم من الشهداء/ ، والشاهد المطلق من له شهادة على الإطلاق، فاقتضى [أ/١٧٨/م] أن يكون لهم شهادة في سائر الأحكام إلا ما قيد بدليل.

وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه: «أَنَّه أَجَازَ شَهَادَةَ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ فِي النِّكَاحِ وَالفِرْقَةِ»[4]، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر من الصحابة فكان إجماعاً منهم على الجواز، ولأن شهادة رجل وامرأتين في إظهار

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).
(٢) انظر «الأم» (٧/ ٤٧، ٤٨).
وقال مالك: لا تجوز شهادة النساء مع الرجال في الحدود، ولا في القصاص ولا في الطلاق، ولا النكاح ولا أنساب، ولا الولاء، ولا الإحصان، الخ. انظر «المدونة» (٥/ ١٦١).
(٣) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).
(٤) انظر «مصنف» عبد الرزاق (٨/ ٣٢٩).

الشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيها على جانب الكذب بالعدالة، لا أنها لم تجعل حجة فيما يدرأ بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها لما ذكرنا، وهذه الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة.

وأما قوله: بأنها ضرورة فلا تسلم، فإنها مع القدرة على شهادة الرجال في باب الأموال مقبولة فدل أنها شهادة مطلقة لا ضرورة.

وبه تبين أن نقصان الأنوثة يصير مجبوراً بالعدد فكانت شهادة مطلقة. واختلف في اشتراطها في الشهادة على الإحصان. قال علماؤنا الثلاثة رضي الله عنهم: ليست بشرط. وقال زفر: حتى يظهر الإحصان بشهادة رجل وامرأتين عندنا وعنده لا يظهر.

وجه قول زفر رحمه الله: أن الذكورة شرط في علة العقوبات بالإجماع حتى لا يظهر بشهادة رجل وامرأتين، والإحصان من جملة أوصاف العلة لأن علة وجوب الرجم ليس هو الزنا المطلق بل الزنا الموصوف بالتغليظ ولا يتغلظ إلا بالإحصان فكان الإحصان من جملة العلة لا يثبت بشهادة النساء، ولهذا لو أقر بالإحصان جاز رجوعه كما أنه لو أقر بالزنا رجع. وكذا الشهادة القائمة على الإحصان من غير دعوى كالشهادة القائمة على الزنا ولنا قوله عز وجل: ﴿فَاسْتَشْهِدُوا﴾[1] الآية ودلالتها على نحو ما تقدم مع الشافعي رحمه الله تعالى.

وأما قوله من جملة العلة الإحصان. قلنا: لا ممنوع بل هو شرط العلة فيصير الزنا عنده علة والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط لما عرف في أصول الفقه.

[ب/١٧٨/م] وأما الرجوع عنه بعد الإقرار فلا نسلم أنه لا يصح الرجوع في قول/ أبي يوسف رحمه الله ولا يصح في قول زفر رحمه الله وهذا حجة على زفر، ولا رواية فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قلنا: أن نمنع، وعدم اشتراط الدعوى يدل على أنه حق الله سبحانه وتعالى لا على أنه تضاف إليه العقوبة. ألا ترى أن الدعوى ليست بشرط في عتق الأمة إجماعاً ولا في عتق العبد عند أبي يوسف ومحمد، وإن كان لا يتقرر تعلق عقوبة به، ونحن نسلم أن الإحصان حق الله تعالى في هذا الوقت على ما عرف في الخلافيات.

ومنها: إسلام الشاهد إذا كان المشهود عليه مسلماً حتى لا تقبل شهادة الكافر على المسلم، لأن الشهادة فيها معنى الولاية وهو تنفيذ القول على الغير، ولا ولاية للكافر فلا شهادة له عليه. وتقبل شهادة المسلم على الكافر لأنه من أهل أن يثبت له الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى.

وأما إذا كان المشهود عليه كافراً فإسلام الشاهد هل هو شرط لقبول شهادته عليه؟ فقد اختلف فيه، قال أصحابنا رضي الله عنهم: ليس بشرط حتى تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، سواء اتفقت مللهم أو اختلفت بعد أن كانوا عدولاً في دينهم.

وقال الشافعي[2] رحمه الله: شرط، حتى لا تقبل شهادتهم أصلاً. واحتج بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَن

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).

(٢) انظر «الأم» (٦/ ٢٣٣) و «المزني» صفحة (٣٠٥).

يَجْعَلَ اللَّهُ لِلكَافِرِيْنَ عَلَى المُؤْمِنِينَ سَبِيْلاً﴾[١]، نفى الله سبحانه وتعالى أن يكون للكافرين على المؤمنين سبيلٌ، وفي قبول شهادة بعضهم على بعض إثبات السبيل للكافرين على المؤمنين، لأنه يجب على القاضي القضاء بشهادتهم وأنه منفي، ولأن العدالة شرط قبول الشهادة والفسق مانع والكفر رأس الفسق فكان أولى بالمنع من القبول، ولنا قول النبـي عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث: «فَإِذَا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَةِ فَأَعْلِمْهُمْ أَنْ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى المُسْلِمِينَ»[٢] وللمسلم على المسلم شهادة فكذا للذمي على الذمي، فظاهره يقتضي أن يكون للذمي على المسلم شهادة كالمسلم، إلا أن ذلك صار مخصوصاً من عموم النص، ولأن الحاجة مست إلى صيانة حقوق أهل الذمة، ولا تحصل الصيانة إلا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة، ولا شك أن الحاجة إلى صيانة حقوقهم ماسة لأنهم إنما قبلوا عقد الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا. والدليل على أن الصيانة لا تحصل إلا وأن يكون لبعضهم على بعض شهادة/ ، لأن هذه المعاملات [أ/١٧٩م] تكثر فيما بينهم. والمسلمون لا يحضرون معاقدتهم ليتحملوا حوادثهم. فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والإنكار فدعت الحاجة إلى الصيانة بالشهادة.

وأما الآية الكريمة: فوجوب القضاء لا يثبت بالشهادة وإنما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على بعض إثبات السبيل للكافر على المؤمن. سواء اتفقت مللهم أو اختلفت. فتقبل شهادة النصراني على اليهودي واليهودي على المجوسي.

وقال ابن أبـي ليلى[٣]: إن اختلفت لا تقبل. وهذا غير سديد لأن الكفر وإن اختلفت أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد أن يكون الشاهد من أهـل دار الإسلام حتى لا تقبل شهادة المستأمـن على الذمـي لأنه ليس من أهل دار الإسلام حقيقة وإن كان فيها صورة لأنـه مـا دخل دارنا للسكنى فيها بل ليقضي حوائجه ثم يعـود عن قريب فلم يكن من أهل دار الإسلام والذمي من أهل دار الإسلام، فاختلفت الداران فلـم تقبل شهادة الذمي عليه بالنص الذي روينا وصـار حكم المستأمن مع الذمي في الشهادة كحكم الذمي مع المسلم. وشهادة المستأمن تقبل على المستأمن إن اتفقت دارهم ومللهم وإن اختلفت لا تقبل. ومنها عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها إلا حد القذف حتى لا تقبل الشهادة عليها إذا تقادم العهد إلا على حد القذف بخلاف الإقرار لما عرف في كتاب الحدود والله تعالى أعلم.

ومنها: قيام الرائحة في الشهادة على شرب الخمر إذا لم يكن سكران ولم يحقق أنه من مسيره لا يبقى الريح من المجيء به من مثلها عادة عندهما، وعند محمد ليس بشرط وهي من مسائل الحدود وتذكر هنالك إن شاء الله تعالى.

ومنها: الأصالة في الشهادة على الحدود والقصاص حتى لا تقبل فيها الشهادة بطريق النيابة وهي الشهادة على الشهادة عندنا كذا لا يقبل فيها كتاب القاضي إلى القاضي لأنه في معنى الشهادة على الشهادة،

---

(١) سورة النساء، الآية: (١٤١).

(٢) سيأتي.

(٣) انظر «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص (٣/ ٣٤٠).

[ب/١٧٩/م] وعند الشافعي[(١)] رحمه الله: ليس بشرط حتى تقبل فيها الشهادة/ على الشهادة.

وأجمعوا على أنها ليست بشرط في الأموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي إلا في العبد الآبق عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف تقبل فيه أيضاً على ما نذكر في كتاب أدب القاضي.

وجه قول الشافعي رحمه الله: أن الفروع يؤدون الشهادة نيابة عن الأصول فكانت شهادتهم شهادة الأصول معنى وشهادة الأصول على الحدود والقصاص مقبولة.

ولنا أن الحدود والقصاص مما تدرأ بالشبهات والشهادة على الشهادة لا تخلو عن شبهة، ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء لتمكن الشبهة في شهادتهن بسبب السهو والغفلة بل أولى، لأن الشبهة هنا تمكنت في مجلس فكان فيها زيادة ليست في شهادة الأصول، ولأن الحدود لما كانت مبنية على الدرء أوجب ذلك اختصاصها بحجج مخصوصة بل إيقاف إقامتها، ولهذا شرط عدد الأربعة في الشهادة على الزنا لأن إطلاع أربعة من الرجال الأحرار على غيبوبة ذكره في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة. ثم نقول: الكلام في الشهادة على الشهادة يقع في مواضع: في صورة تحمل الشهادة على الشهادة، وفي شرائط التحمل، وفي صورة أداء الشهادة على الشهادة، وفي شرائط الأداء: أما صورة التحمل فلها عبارتان مختصرة ومطولة.

أما اللفظ المختصر فهو: أن يقول شاهد الأصل: اشهد على شهادتي أني أشهد لفلان على فلان كذا، أو يقول: أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي بذلك.

وأما المطول فهو: أن يقول شاهد الأصل: أشهد أن لفلان على فلان كذا أشهدك على شهادتي هذه وآمرك أن تشهد على شهادتي هذه فاشهد، وأما شرائط تحمل هذه الشهادات فما ذكرنا في عموم الشهادات.

وأما الذي يختص بها فأنواع:

منها: الإشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع دون الإشهاد حتى لو قال: أشهد أن لفلان على فلان كذا فسمع إنسان لكن لم يقل: اشهد أنت لم يصح التحمل بخلاف سائر الشهادات/ [أ/١٨٠/م] أنه يصح التحمل فيها بنفس معاينة الفعل وسماع الإقرار والإنشاء من غير إشهاد.

ووجه الفرق: أن الفروع يشهدون نيابة عن الأصول فلا بد من الإنابة منهم وذلك بالإشهاد بخلاف سائر الشهادات، لأن تحمل الشاهد في سائرها بطريق الإحارة بنفسه لا بغيره فيصح التحمل فيها بطريق المعاينة.

ومنها: الإشهاد على شهادته حتى لو قال: اشهد بمثل ما شهدت أو كما شهدت أو على ما شهدت لا يصح التحمل ما لم يقل على شهادتي لأن معنى التحمل والإنابة لا يحصل إلا بالإشهاد على شهادته.

ومنها: عدد التحمل وهو أن يتحمل من كل واحد من شاهدي الأصل اثنان حتى لو تحمل من أحدهما واحد وتحمل من الآخر واحد لا يصح التحمل لأن الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذمم لا ينقلها إلى القاضي إلا شاهدان، ولو تحمل اثنان من أحدهما شهادته ثم تحملا من الآخر شهادته

---

(١) انظر «الأم» (٧/ ٥١).

جاز التحمل لأنه اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان. فأما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط حتى يصح التحمل فيها من النساء.

وأما صورة أداء هذه الشهادة فلها لفظان أيضاً مختصر ومطول فالمختصر أن يقول: شهد فلان عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك فأنا أشهد على شهادته بذلك.

وأما المطول فهو أن يقول: شهد عندي فلان أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته بذلك وأمرني أن أشهد على شهادته بذلك وأنا أشهد الآن على شهادته بذلك، ولو لم يقل: وأمرني أن أشهد على شهادته بذلك جاز، لأن معنى التحمل والأنابة يتأدى بقوله أشهدني على شهادته، فكان قوله أمرني بذلك من باب التأكيد.

وأما شرائطها فما ذكرناه كسائر الشهادات والذي يختص بهذه الشهادة أن يكون المشهود عليه ميتاً أو غائباً مسيرة سفر أو مريضاً لا يستطيع أن يحضر مجلس القضاء لأن جواز الشهادة للحاجة والضرورة، ولا تتحقق الضرورة إلا في هذه/ المواضع. [ب/ ١٨٠/ م]

وأما الذكورة فليست بشرط لأداء هذه الشهادة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لقوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[١] فظاهر النص يقتضي أن يكون للنساء مع الرجال شهادة على الإطلاق من غير فصل إلا ما قيد بدليل، ولأن قضية القياس أن لا تشترط الذكورة، والأصل في عموم الشهادات، إلا أن اشتراط الذكورة في شهادة الأصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري رحمه الله، لتمكن شبهة في شهادتين ليست في شهادة الرجال واشتراط الأصالة في الشهادة لتمكن زيادة شبهة في شهادة الفروع ليست في شهادة الأصول، وهو الشبهة في الشهادتين على ما ذكرنا، فشرط ذلك احتياطاً لدرء ما يندرىء بالشبهات والأموال والحقوق مما ثبت بالشبهة فثبتت على أصل القياس، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[٢] وقوله عز شأنه: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾[٣] إلا أن في الشهادة القائمة على حقوق العباد وأسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجوب الأداء فإذا طلب وجب عليه الأداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾[٤] أي دُعُوا لأداء الشهادة لأن الشهادة أمانة المشهود له في ذمة الشاهد وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾[٥] وقال تعالى جل شأنه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾[٦].

---

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).
(٢) سورة الطلاق، الآية: (٢).
(٣) سورة النساء، الآية: (١٣٥).
(٤) سورة البقرة، الآية: (٢٨٢).
(٥) سورة البقرة، الآية: (٢٨٣).
(٦) سورة النساء، الآية: (٥٨).

وأما في حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود نحو طلاق امرأة وإعتاق عبد والظهار والإيلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الإقامة حسبة لله تبارك وتعالى عند الحاجة إلى الإقامة من غير طلب من أحد من العباد. وأما في أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين أن يشهد حسبة لله تعالى وبين أن يستر، لأن كل واحد منهما أمر مندوب إليه قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[1] وقال عليه الصلاة والسلام: «مَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سَتَرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِيْ الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ»[2] وقد ندبه الشرع/ إلى كل واحد منهما إن شاء اختار جهة الحسبة فأقامها لله تعالى، وإن شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم. [أ/١٨١/م]

فصل: وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضي لأن الشهادة عند استجماع شرائطها مظهر للحق، والقاضي مأمور بالقضاء بالحق قال الله تبارك وتعالى: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾[3] وثبوت ما يترتب عليها من الأحكام.

(١) سورة الطلاق، الآية: (٢).
(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٥٢) ومسلم في «الصحيح» كتاب الذكر والدعاء باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر (٢٦٩٩) وأبو داود في «السنن» كتاب الأدب باب في المعونة للمسلم (٤٩٤٦) وابن ماجه في «السنن» في المقدمة باب فضل العلماء (٢٢٥) والترمذي في «السنن» كتاب الحدود: باب ما جاء في الستر على المسلم (١٤٢٥).
(٣) سورة ص، الآية: (٢٦).

كتاب الرجوع عن الشهادة

الكلام في هذا الكتاب في الأصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق:

الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان: أحدهما: يرجع إلى مال الشاهد، والثاني: يرجع إلى نفسه.

أما الذي يرجع إلى ماله فهو وجوب الضمان، والكلام فيه في ثلاثة مواضع: في بيان سبب وجوب الضمان، وفي بيان شرائط الوجوب، وفي بيان مقدار الواجب.

أما الأول: فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة، لأن الضمان في الشرع إنما يجب إما بالالتزام أو بالإتلاف ولم يوجد الالتزام فيتعين الإتلاف فيها سبباً لوجوب الضمان، فإن وقعت إتلافاً انعقدت سبباً لوجوب الضمان وإلا فلا، وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على رجل بألف وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا أنهما يضمنان الألف لأنهما لما رجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين أن شهادتهما وقعت سبباً إلى الإتلاف في حق المشهود عليه، والتسبب إلى الإتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالإكراه على إتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه.

فإن قيل: لما رجعا عن شهادتهما تبين أن قضاء القاضي لم يصح فتبين أن المدعي أخذ المال بغير حق فلم لا يرده إلى المشهود عليه. قيل له: إنه بالرجوع لم يتبين بطلان القضاء، لأن الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود له لوجهين:

الأول: أن الرجوع يحتمل الصدق والكذب، والقضاء بالحق للمشهود به نفذ بدليل من حيث الظاهر، وهو الشهادة الصادقة عند القاضي، فلا ينتقض الثابت ظاهراً بالشك/ والاحتمال فبقي القضاء ماضياً على [ب/١٨١/م] الصحة، والمدعى في يد المدعي كما كان.

والثاني: أن الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعي في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للتُهمَة، إذ التهمَة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء ولا يسترد المدعىٰ من يده، ومعنى التهمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه، إلا أنه لا يمكن إظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل إلى عين المشهود به فيظهر في التوصل إلى بدله رعاية للجوانب كلها، وإذا رجعا قبل القضاء لا يضمنان لأن الشهادة لا تصير حجة إلا بالقضاء فلا تقع تسبيباً إلى الإتلاف بدونه.

وعلى هذا إذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا إن كان الطلاق بعد الدخول بأن كان الزوج مقراً بالدخول لا ضمان عليهما لانعدام الإتلاف، لأن المهر يجب بنفس العقد ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما إتلافاً فلم يجب الضمان.

وإن كان الطلاق قبل الدخول فقضى القاضي بنصف المهر بأن كان المهر مسمى أوبالمتعة بأن لم يكن المهر مسمى ثم رجعا ضمنا ذلك للزوج لأن شهادتهما وإن لم توجب على الزوج شيئاً من المهر لكنها أكدت الواجب لأن الواجب قبل الدخول كان محتملاً للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها، وبشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه على وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلاً فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب، والمؤكد للواجب بمنزلة الواجب في الشرع، كالمحرم إذا أخذ صيداً فذبحه رجل في يده يجب الجزاء على الآخذ ويرجع الآخذ بذلك على القاتل لوقوع القتل منه تأكيداً للجزاء الواجب على المحرم، إذ لولا ذبحه لاحتمل السقوط بالإرسال، فهو بالذبح أكد الواجب عليه فنزل المؤكد منه منزلة الواجب كذا هذا.

وعلى هذا إذا شهدا على رجل أنه أعتق عبداً أو أمة له وهو ينكر فقضى القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد أو الأمة لمولاه، لأنهما بشهادتهما أتلفا عليه مالية العبد/ [١٨٢/أ م] أو الأمة فيضمنان ويكون ولاؤه للمولى، لأن الإعتاق نفذ عليه والولاء لمن أعتق.

فإن قيل: هذا إتلاف بعوض وهو الولاء فلا يوجب الضمان. قيل له: الولاء لا يصلح عوضاً لأنه ليس بمال وإنما هو من أسباب الإرث فكان هذا إتلافاً بغير عوض فيوجب الضمان.

ولو شهدا على إقرار المولى أن هذه الأمة ولدت منه وهو منكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا، فنقول: هذا في الأصل لا يخلو من أحد وجهين:

إما إن لم يكن معها ولد.

وإما إن كان معها ولد، وكل ذلك لا يخلو إما إن رجعا في حال حياة المولى وإما إن رجعا بعد وفاته.

أما إذا لم يكن معها ولد ورجعا في حال حياة المولى يضمنان للمولى نقصان قيمتها فتُقَوَّم أمةً قناً وتقوم أم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان لأنهما أتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنانه، فإذا مات المولى عتقت الجارية لأنها أم ولده وأم الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لأنهما أتلفا بشهادتهما كل الجارية، لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك.

وإن كان معها ولد ورجعا في حال حياة المولى فإنهما يضمنان قيمة الولد لأنهما أتلفاه عليه. ألا ترى أنه لولا شهادتهما لكان الولد عبداً له فهما بشهادتهما أتلفاه عليه فعليهما الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الأم أيضاً لما قلنا، فإذا مات المولى بعد ذلك لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا يضمنان له شيئاً ويرجعان على الولد بما قبض الأب منهما، لأن في زعم الولد أن رجوعهما باطل وأن ما أخذ الأَب منهما أخذه بغير حق فصار مضموناً عليه فيؤدي من تركته إن كانت له تركة، وإن لم يكن له تركة فلا ضمان على الولد، لأن من أقر على مورثه بدين وليس للميت تركة لا يؤخذ من مال الوارث. وإن كان معه أخ فإنهما

يضمنان للأخ نصف البقية من قيمتها لأنهما أتلفا عليه ذلك القدر ويرجعان على الولد بما أخذه الأب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الأخ لأن الأخ ظلم عليهما في زعمهما فليس/ لهما أن يظلما عليه، ولا ضمان [ب/١٨٢/م] للأخ ما أخذ هذا من الميراث لأنهما ما أتلفا عليه الميراث لما نذكر إن شاء الله تعالى.

هذا إذا كان الرجوع في حال حياة المولى، فأما إذا كان بعد وفاته فإن لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا ضمان عليهما لأن الولد يكذبهما في الرجوع، وإن كان معه شريك في الميراث فإنهما يضمنان للأخ نصف البقية من قيمتهما لما قلنا ويضمنان للأخ نصف قيمة الولد لأنهما أتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما أخذ هذا الولد من الميراث لما قلنا، ولا يرجعان على الولد ههنا لأن هذا ظلم للأخ في زعمهما فليس لهما أن يظلما الولد.

هذا إذا كانت الشهادة في حال حياة المولى والرجوع عليه في حال حياته أو بعد وفاته، فأما إذا كانت الشهادة بعد وفاته بأن مات رجل وترك ابناً وعبداً وأمة وتركة، فشهد شاهدان أن هذا العبد ولدته هذه الأمة من الميت وصدقهما الولد والأمة وأنكر الابن فقضى القاضي بذلك وجعل الميراث بينهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والأمة ونصف الميراث للابن، فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فإن هناك لا يضمنان الميراث.

ووجه الفرق: أن الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة لأنه يجوز فيه التقدم والتأخر فمن الجائز أن يموت الأب أولاً فيرثه الابن، كما يجوز أن يموت الابن أولاً ويرثه الأب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة إتلافاً للمال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فإنها شهادة بالمال لا محالة فقد أتلفا عليه نصف الميراث فيضمنان والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو شهدا أنه دبر عبده فقضى القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان للمولى نقصان التدبير فيقوم قناً ويقوم مدبراً فيضمنان النقصان لأنهما أتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا القدر فيضمنانه، فإذا مات المولى بعد ذلك عتق العبد كله إن كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه لأنه مدبره ويضمنان للورثة بقية قيمته عبداً لأنهما أتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لأن التدبير إعتاق بعد الموت، ولو لم يكن له مال سوى المدبر عتق عليه مجاناً لأن التدبير وصية فيعتبر بسائر الوصايا ويسعى في ثلثي قيمته عبداً قناً للورثة/ لأن الوصية فيما زاد على [أ/١٨٣/م] الثلث لا تنفذ من غير إجازة الورثة ويضمن الشاهدان للورثة ثلث قيمته لأنهما أتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد. هذا إذا كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فإن كانت لا تخرج بأن كان معسراً فإنهما يضمنان جميع قيمته مدبراً ثم يرجعان على العبد بثلثي قيمته إذا أيسر.

ولو شهدا أنه قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين لأن العتق ثبت بقوله أنت حر، وإنما الدخول شرط والحكم يضاف إلى العتق لا إلى الشرط فكان التلف حاصلاً بشهادتهما فكان الضمان عليهما.

وكذلك إذا شهدا أنه قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وشهد آخران بالدخول ثم رجعوا لما

قلنا. وكذلك لو شهدا على رجل بالزنا وشهد آخران بالإحصان ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لا على شهود الإحصان لأن الإحصان شرط.

ولو شهدا أنه قتل فلاناً خطأً وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا الدية لأنهما أتلفاها عليه وتكون في مالهما، لأن الشهادة منهما بمنزلة الإقرار منهما بالإتلاف والعاقلة لا تعقل الإقرار كما لو أقر صريحاً، ولهذا لو رجعا في حال المرض اعتبر إقرار بالدين حتى يقدم عليه دين الصحة كما في سائر الأقارير.

وكذا لو شهدا أنه قطع يد فلان خطأً وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا دية اليد لما قلنا.

وكذا لو شهدا عليه بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم رجعا فقد روي: أن شاهدين شهدا عند سيدنا علي كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقضى عليه بالقطع فقطعت يده ثم جاء الشاهدان بآخر فقالا: أوهمنا أن السارق هذا يا أمير المؤمنين، فقال سيدنا علي رضي الله عنه: «لا أصدقكما على هذا وأغرمكما دية يد الأول، ولو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما»[1]، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً.

ولو شهدا أنه قتل فلاناً عمداً فقضى القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا، وعند الشافعي[2] رحمه الله عليهما القصاص. وعلى هذا الخلاف إذا شهدا أنه قطع يد فلان.

[ب/١٨٣/م] وجه قول الشافعي رحمه الله: أن شهادتهما وقعت/ قتلاً تسبيباً لأنها تفضي إلى وجوب القصاص وأنه يفضي إلى القتل فكانت شهادتهما تسبيباً إلى القتل والتسبيب في باب القصاص في معنى المباشرة كالإكراه على القتل.

ولنا: أن نسلم أن الشهادة وقعت تسبيباً إلى القتل، لكن وجوب القصاص يتعلق بالقتل مباشرة لا تسبيباً لأن ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل شرعاً ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسبيباً بخلاف الإكراه على القتل، لأن القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالآلة، والفعل لمستعمل الآلة لا للآلة على ما عرف، على أن ذلك وإن كان قتلاً تسبيباً فهو مخصوص عن نصوص المماثلة، فمن ادعى تخصيص الفرع يحتاج إلى الدليل. وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا على ولي القتيل أنه عفا عن القتل وقضى القاضي ثم رجعا أنه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية لأنه لم يوجد منهما إتلاف المال ولا النفس، لأن شهادتهما قامت على العفو عن القصاص، والقصاص ليس بمال ألا ترى أنه لو أكره رجلاً على العفو عن القصاص فعفا لا يضمن المكره، ولو كان القصاص مالاً يضمن لأن المكره يضمن بالإكراه على إتلاف المال. وكذا من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات في مرضه ذلك لا يعتبر من الثلث، ولو كان مالاً اعتبر من الثلث، كما إذا تبرع في مرضه.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنهما يضمنان الدية لولي القتيل لأن شهادتهما إتلاف للنفس، لأن نفس

---

(١) أخرجه الطحاوي في «اختلاف العلماء» (٣/ ٣٦٤) وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٠/ ٨٩). والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٥١) عن مطرف عن الشعبي.

(٢) انظر «مختصر المزني» (٣١٢).

القاتل تصير مملوكة لولي القتيل في حق القصاص فقد أتلفا بشهادتهما على المولى نفساً تساوي ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيضمنان، وهذا غير سديد لأنا لا نسلم أن نفس القاتل تصير مملوكة لولي القتيل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل، لأن في المحل ما ينافي الملك لما علم في مسائل القصاص فلم تقع شهادتهما إتلاف النفس ولا إتلاف المال فلا يضمنان.

ولو شهدا أن هذا الغلام ابن هذا الرجل والأب يجحده فقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا لا/ يبطل [أ/١٨٤/م] النسب ولا ضمان على الشاهدين لانعدام إتلاف المال منهما.

وأما شرائط الوجوب فأنواع:

منها: أن يكون الرجوع بعد القضاء، فإن كان قبله لا يجب الضمان لما ذكرنا أن الركن في وجوب الضمان بالشهادة وقوع الشهادة إتلافاً ولا تصير إتلافاً إلا إذا صارت حجة، ولا تصير حجة إلا بالقضاء فلا تصير إتلافاً إلا به.

ومنها: مجلس القضاء فلا عبرة بالرجوع عند غير القاضي، كما لا عبرة بالشهادة عند غيره، حتى لو أقام المدعى عليه البينة على رجوعهما لا تقبل بينته وكذا لا يمين عليهما إذا أنكر الرجوع إلا إذا حكيا عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر رجوعهما، لأن ذلك بمنزلة إنشاء رجوعهما عند القاضي فكان معتبراً.

ومنها: أن يكون المتلف بالشهادة عين مال، حتى لو كان منفعة لا يجب الضمان لأن الأصل أن المنافع غير مضمونة بالإتلاف عندنا. وعلى هذا يخرج ما إذا شهدا أنه تزوج هذه المرأة بألف درهم ومهر مثلها ألفان وهي تنكر فقضى القاضي بالنكاح بألف درهم ثم رجعا لا يضمنان للمرأة شيئاً لأنهما أتلفا عليها منفعة البضع، والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وإنما يعطى لها حكم الأموال بعارض عقد الإجارة.

وكذا لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها على ألف درهم والزوج ينكر فشهد شاهدان فقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيئاً لأنهما بشهادتهما أتلفا على الزوج المنفعة لا عين المال.

وعلى هذا لو ادعى رجل أنه استأجر هذه الدابة من فلان بعشرة دراهم وأجر مثلها مائة درهم والمؤجر ينكر فشهد شاهدان وقضى القاضي ثم رجعا لا يضمنان للمؤجر شيئاً لأنهما بشهادتهما أتلفا المنفعة لا عين المال.

ومنها: أن يكون إتلاف المال بغير عوض فإن كان بعوض لا يجب الضمان، سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال، لأن الإتلاف بعوض يكون إتلافاً صورة لا معنى، وعلى هذا يخرج ما إذا/ [ب/١٨٤/م] ادعى رجل على رجل أنه باع عبده منه بألف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا أنه ينظر إن كانت قيمة العبد ألفاً أو أكثر فلا ضمان عليهما للمشتري، لأن شهادتهما وقعت إتلافاً بعوض فلا يكون إتلافاً معنى فلا يوجب الضمان، وإن كانت قيمته أقل من ألف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة إتلافاً بقدر الزيادة ولو كانت الدعوى من المشتري، والمسألة بحالها إن كانت قيمته مثل الثمن المذكور أو أقل لا ضمان على الشاهدين للبائع لما قلنا.

وإن كانت قيمته أكثر من ألف يضمنان الزيادة للبائع، لأن شهادتهما وقعت إتلافاً بغير الزيادة.

وعلى هذا يخرج ما إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها على ألف درهم والرجل ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضى القاضي بالنكاح بألف ثم رجعا أنه ينظر إن كان مهر مثلها ألفاً أو أكثر من ذلك لم يضمنا للزوج شيئاً، وإن أتلفا عليه عين المال لأنهما أتلفاها بعوض له حكم عين المال وهو البضع لأنه يعتبر مالاً حال دخوله في ملك الزوج بدليل أن الأب يملك أن يزوج من ابنه امرأة، ولو لم يعتبر البضع مالاً حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لأن الأب لا يملك على ابنه معاوضة مال بما ليس بمال.

وكذلك المريض إذا تزوج امرأة على ألف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال، ولو لم يكن البضع في حكم المال في حال الدخول في ملك الزوج لاعتبر من الثلث كالتبرع دل أن البضع يعتبر مالاً في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان الإتلاف بعوض هو في حكم عين المال فلا يكون إتلافاً معنى، وإن كان مهر مثلها أقل من ألف درهم يضمنان الزيادة على مهر المثل للزوج لأنهما أتلفا الزيادة عليه من غير عوض أصلاً وهذا بخلاف ما إذا ادعى رجل على امرأة أنه طلقها بألف درهم والمرأة تنكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي عليها بألف درهم ثم رجعا أنهما يضمنان للمرأة ألف درهم لأنهما أتلفا عليها عين المال بغير عوض أصلاً، لأن البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر مالاً بدليل أن الأب لا يملك أن يخلع من ابنته الصغيرة على مال، ولو فعل وأدى من مالها يضمن ولو كان مالاً لملك/ [أ/ ١٨٥م] لأنه يملك عليها معاوضة مال بمال.

وكذلك المريضة إذا اختلعت من نفسها حال مرضها على مال يعتبر من الثلث كالوصية، ولو كان له حكم المال لاعتبر من جميع المال كما في سائر معاوضات المال بالمال. وإذا لم يكن له حكم المال حال الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما إتلافاً عليهما من عوض أصلاً فيجب الضمان.

وعلى هذا يخرج ما إذا ادعى رجل أنه آجر داره من فلان شهراً بعشرة دراهم والمستأجر ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا، فأما إن كان في أول المدة ينظر إن كان أجرة الدار مثل المسمى لا ضمان عليهما للمستأجر. ولو أتلفا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة لأن المنفعة في باب الإجارة لها حكم عين المال.

وإن كانت أجرة مثلها أقل من المسمى فإنهما يضمنان الزيادة لأن التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض أصلاً. وإن كانت الدعوى بعد مضي مدة الإجارة فعليهما ضمان الأجرة لأنهما أتلفا عليه من غير عوض أصلاً فكان مضموناً عليهما، وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان على القاتل أنه صالح ولي القتيل على مال والقاتل ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا أنهما لا يضمنان شيئاً للقاتل لأنهما أتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس، لأن النفس تصلح أن تكون عوضاً بدليل أن المريض وجب عليه القصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا تعتبر من الثلث بل من جميع المال ولو لم تصلح النفس عوضاً لاعتبر من الثلث دل أن هذا إتلاف بعوض فلا يوجب الضمان إلا إذا شهدا على الصلح بأكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لأن تلف الزيادة حصل بغير عوض، ويمكن تخرج هذه المسائل على فصل التسبب لأن ما قابله عوض لا

يكون إتلافاً معنى فلم يوجد سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ذلك، ويستوي في وجوب الضمان الرجوع عن الشهادة والرجوع على الشهادة حتى لو رجعت الفروع وثبت الأصول يجب الضمان على الفروع/[ب/١٨٥/م] لوجود الإتلاف منهم لوجود الشهادة منهم حقيقة. ولو رجع الأصول وثبت الفروع فلا ضمان على الفروع لانعدام الرجوع منهم، وهل يجب الضمان على الأصول؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لا يجب، وقال محمد: يجب.

وجه قوله: أن الفروع لا يشهدون بشهادة أنفسهم وإنما يفعلون بشهادة الأصول، فإذا شهدوا فقد أظهروا شهادتهم، فكأنهم حضروا بأنفسهم وشهدوا ثم رجعوا.

وجه قولهما: أن الشهادة وجدت من الفروع لا من الأصول لعدم الشهادة حقيقة، فإنهم لم يشهدوا حقيقة وإنما شهد الفروع وهم ثابتون على شهادتهم فلم يوجد الإتلاف من الأصول لعدم الشهادة منهم حقيقة فلا يضمنون.

وعلى هذا إذا رجعوا جميعاً فالضمان على الفروع عندهما ولا شيء على الأصول لوجود الشهادة من الفروع حقيقة لا من الأصول، وعنده المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الفروع وإن شاء ضمن الأصول لوجود الشهادة من الفريقين، ولو لم يرجع أحد من الفريقين ولكن الأصول أنكروا الإشهاد فلا ضمان على أحد لانعدام الرجوع عن الشهادة، ويستوي في وجوب ضمان الرجوع رجوع الشهود والمزكين عند أبي حنيفة، حتى إن المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا عنده، وعندهما رجوع المزكين لا يوجب الضمان.

وجه قولهما: أن رجوع المزكين بمنزلة رجوع شهود الإحصان، لأن التزكية ليست إلا بناء عن الشهود كالشهادة على الصفات التي هي خصال حميدة ثم الرجوع عن الشهادة على الإحصان لا يوجب الضمان. كذا هذا.

ولأبي حنيفة: أن التزكية في معنى الشهادة في وجوب الضمان لأن الرجوع عن الشهادة إنما يوجب الضمان لوقوعه إتلافاً، وإنما يصير إتلافاً بالتزكية ألا ترى أنه لولا التزكية لما وجب القضاء، فكانت الشهادة عاملة بالتزكية، فكانت التزكية في معنى علة فكانت إتلافاً، بخلاف الشهادة على الإحصان لأن الإحصان شرط كون الزنا علة، والحكم للعلة لا للشرط.

وأما بيان مقدار الواجب من الضمان فالأصل أن مقدار الواجب منه على قدر الإتلاف لأن سبب الوجوب هو الإتلاف، والحكم يتقدر بقدر العلة، والعبرة فيه لبقاء من بقي من الشهود بعد رجوع من رجع منهم، فإن بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان على أحد لانعدام الإتلاف أصلاً من أحد، وإن بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب على الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص فنقول:

بيان هذه الجملة: إذا شهد رجلان بمال ثم رجع أحدهما عليه نصف المال لأن النصف محفوظ بشهادة الباقي.

ولو كانت الشهود أربعة فرجع واحد منهم لا ضمان عليه، وكذا إذا رجع اثنان، لأن الاثنين يحفظان

المال، ولو رجع منهم ثلاثة فعليهم نصف المال لأن النصف عندنا بشهادة شاهد واحد.

ولو شهد رجل وامرأتان بمال ثم رجع الرجل غرم نصف المال لأن النصف بقي بثبات المرأتين. ولو رجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين/ لبقاء النصف بثبات الرجل ولو رجع رجل وامرأة فعليهما [١٨٦/أ/م] ثلاثة أرباع المال، نصفه على الرجل وربعه على المرأة، لأن الباقي ببقاء امرأة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل والمرأة ثلاثة الأرباع والرجل ضعف المرأة فكان عليها الربع وعلى الرجل النصف، ولو رجعوا جميعاً فنصف المال على الرجل والنصف على المرأتين بينهما نصفان.

ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين ولا شيء على المرأة، لأن المرأة الواحدة في الشهادة وجودها وعدمها بمنزلة واحدة، لأن القاضي لا يقضي بشهادتهما.

ولو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعت المرأتان فلا ضمان عليهما لأن الحق يبقى محفوظاً بالرجلين. ولو رجع الرجلان يضمنان نصف المال لأن المرأتين يحفظان النصف. ولو رجع رجل واحد لا شيء عليه، لأن رجلاً وامرأتين يحفظون جميع المال، ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ربع المال بينهما أثلاثاً ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة لأنه بقي ثلاثة الأرباع ببقاء رجل وامرأتين فكان التالف بشهادة رجل وامرأة الربع، والرجل ضعف المرأة فكان بينهم أثلاثاً، ولو رجعوا جميعاً فالضمان بينهم أثلاث أيضاً، ثلثاه على الرجلين وثلثه على المرأتين لما ذكرنا أن الرجل ضعف المرأة فكان التالف بشهادته ضعف ما تلف بشهادتهما.

ولو شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا جميعاً فالضمان بينهم أسداس: سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة، وهذا قول أبي حنيفة، فأما عندهما فالضمان بينهم نصفان، نصفه على الرجل ونصفه على النسوة.

وجه قولهما: أن النساء وإن كثرن فلهن شطر الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال، والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم أنصافاً، ولأبي حنيفة أن كل امرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم أسداساً.

ولو رجع الرجل وحده ضمن نصف المال، لأن النصف محفوظ بشهادة النساء. وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال، لأن النصف محفوظ بشهادة الرجل. هذان الفصلان/ يؤيدان قولهما في الظاهر. [ب/١٨٦/م]

ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لأن الحق بقي محفوظاً برجل وامرأتين، ولو رجعت امرأة بعد ذلك فعليها وعلى الثمان ربع المال لأنه بقي بثبات رجل وامرأة ثلاثة أرباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع.

ولو رجع رجل وامرأة فعليهما نصف المال أثلاثاً: ثلثاه على الرجل والثلث على المرأة، لأن تسع نسوة يحفظن المال فكان التالف بشهادة رجل وامرأة النصف، والرجل ضعف المرأة فكان بينهما أثلاثاً.

ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة فعلى الرجل نصف المال ولا شيء على المرأة في قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وفي قياس قول أبي حنيفة رضي الله عنه نصف المال يكون

عليهما أثلاثاً: ثلثاه على الرجل وثلثه على المرأة، ولو رجعوا جميعاً فالضمان بينهم أخماس عند أبي حنيفة: خمساه على الرجل وثلاثة أخماسه على النسوة، لأن الرجل ضعف المرأة وعندهما نصف الضمان على الرجل ونصفه على المرأة لما ذكرنا أن لهن شطر الشهادة وإن كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله أعلم.

وعلى هذا يخرج ما إذا شهد شاهدان أنه طلق امرأته ثلاثاً والزوج ينكر وشهد شاهدان بالدخول فقضى القاضي بشهادتهم، ثم رجعوا فالضمان عليهم أرباع: على شاهدي الطلاق الربع، لأن شاهدي الدخول شهدا بكل المهر، لأن كل المهر يتأكد بالدخول وللمؤكد حكم الموجب على ما مر وشاهدا الطلاق شهدا بالنصف لأن نصف المهر يتأكد بالطلاق على ما ذكرنا والمؤكد للواجب في معنى الواجب، فشاهد الدخول انفرد بنصف المهر والنصف الآخر اشترك فيه الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو الربع على شاهدي الطلاق وثلاثة الأرباع على شاهدي الدخول.

فأما الذي يرجع إلى نفسه فنوعان:

أحدهما: وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة، وهي الشهادة القائمة على الزنا.

وجملة الكلام فيه: أن الرجوع عن الشهادة بالزنا إما أن يكون من جميع الشهود وإما أن يكون من بعضهم دون بعض، فإن رجعوا جميعاً يحدون حد القذف، سواء رجعوا بعد القضاء أو قبل القضاء.

أما قبل القضاء فلأن كلامهم قبل القضاء انعقد/ قذفاً لا شهادة، إلا أنه لا يقام الحد عليهم للحال [٦/١٨٧م] لاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء فإذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي قذفاً فيوجب الحد بالنص.

وأما بعد القضاء فلأن كلامهم وإن صار شهادة باتصال القضاء به فقد انقلب قذفاً بالرجوع فصاروا بالرجوع قذفة فيحدون، ولو رجعوا بعد القضاء والإمضاء فلا خلاف في أنهم يحدون إذا كان الحد جلداً وإن كان رجماً فكذلك عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر رحمه الله: لا حد عليهم. وجه قوله: أنهم لما رجعوا بعد الاستيفاء تبين أن كلامهم وقع قذفاً من حين وجوده، فصار كما لو قذفوا صريحاً ثم مات المقذوف، وحد القذف لا يورث بلا خلاف بين أصحابنا فيسقط.

ولنا: أن بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفاً من حين وجوده، وإنما يصير قذفاً وقت الرجوع، والمقذوف وقت الرجوع ميت فصار قذفاً بعد الموت فيجب الحد. هذا حكم الحد وأما حكم الضمان فأما قبل الإمضاء: لا ضمان أصلاً لعدم الإتلاف أصلاً، وأما بعد الإمضاء: فإن كان الحد رجماً ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم إتلافاً أو إقراراً بالإتلاف، وإن كان الحد جلداً فليس عليهم أرش الجلدات إذا لم يمت منها، ولا الدية إن مات منها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمنون.

وجه قولهما: أن شهادتهم وقعت إتلافاً بطريق التسبيب لأنها تفضي إلى القضاء، والقضاء يفضي إلى إقامة الجلدات وإنها تفضي إلى التلف فكان التلف بهذه الوسائط مضافاً إلى الشهادة فكانت إتلافاً تسبيباً،

ولهذا لو شهدوا بالقصاص أو بالمال ثم رجعوا وجبت عليهم الدية والضمان. كذا هذا.

ولأبي حنيفة عليه الرحمة: أن الأثر حصل مضافاً إلى الضرب دون الشهادتين لوجهين:

أحدهما: أن الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح، لأن الضرب الجارح غير مستحق في الجلد فلا يكون الجرح مضافاً إلى شهادتهم.

والثاني: أن الضرب مباشرة الإتلاف والشهادة تسبيب إليه، وإضافة الأثر إلى المباشرة أولى من إضافته [ب/١٨٧/م] إلى التسبيب، إلا أنه لا ضمان على بيت المال/ لأن هذا ليس خطأ من القاضي ليكون عطاؤه في بيت المال لنوع تقصير منه، ولا تقصير من جهته ههنا فلا شيء على بيت المال.

هذا إذا رجعوا جميعاً، فأما إذا رجع واحد منهم فإن كان قبل القضاء يحدون جميعاً عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يحد الراجع خاصة.

وجه قوله: أن كلامهم وقع شهادة قذفاً لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الأربعة، وإنما ينقلب قذفاً بالرجوع ولم يوجد إلا من أحدهم فينقلب كلامه قذفاً خاصة، بخلاف ما إذا شهد ثلاثة بالزنا أنهم يحدون، لأن هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الإبتداء قذفاً.

ولنا: أن كلامهم لا يصير شهادة إلا بقرينة القضاء. ألا ترى أنها لا تصير حجة إلا به فقبله يكون قذفاً لا شهادة فكان ينبغي أن يقام الحد عليهم بالنص لوجود الرمي منهم، إلا أنه لا يقام الاحتمال أن يصير شهادة بقرينة القضاء، ولئلا يؤدي إلى سد باب الشهادة، فإذا رجع أحدهم زال هذا المعنى فبقي كلامهم قذفاً فيحدون، وصار كما لو كان الشهود من الابتداء ثلاثة فإنهم يحدون لوقوع كلامهم قذفاً. كذا هذا.

وإن كان بعد القضاء قبل الإمضاء فإنهم يحدون جميعاً عندهما، وعند محمد الراجع خاصة.

وجه قوله: أن كلامهم وقع شهادة لاتصال القضاء به فلا ينقلب قذفاً إلا بالرجوع ولم يرجع إلا واحد منهم فينقلب كلامه خاصة قذفاً فلم يصح رجوعه في حق الباقين فبقي كلامهم شهادة فلا يحدون، ولهما أن الإمضاء في باب الحدود من القضاء بدليل أن عمى الشهود أو ردتهم قبل القضاء كما يمنع من القضاء، فبعده يمنع من الإمضاء فكان رجوعه قبل الإمضاء بمنزلة رجوعه قبل القضاء ولو رجع قبل القضاء يحدون جميعاً بلا خلاف بين أصحابنا الثلاثة. كذا إذا رجع بعد القضاء قبل الإمضاء، وإن كان بعد الإمضاء فإن كان الحد جلداً يحد الراجع خاصة بالإجماع لأن رجوعه صحيح في حقه خاصة لا في حق الباقين فانقلبت شهادته [أ/١٨٨/م] خاصة قذفاً فيحد خاصة، وإن كان الحد رجماً ومات المقذوف يحد الراجع عند أصحابنا خلافاً لزفر/ ، وقد مرت المسألة.

هذا حكم الحد فأما حكم الضمان فلا ضمان إذا كان رجوعه قبل القضاء أو بعده قبل الإمضاء لما قلنا.

وأما بعد الإمضاء فإن كان الحد جلداً فلا شيء على الراجع من أرش السياط ولا من الدية إن مات عند أبي حنيفة رحمه الله: وعندهما يجب وإن كان رجماً غرم الراجع ربع الدية. لأن الثلاثة يحفظون ثلاثة أرباع الدية فكان التالف بشهادته الربع.

هذا إذا كان شهود الزنا أربعة فأما إذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فإن القاضي يقيم الحد على المشهود عليه بما بقي من الشهود لأن الأربعة نصاب تام يحفظون الحد على المشهود عليه.

وإن أمضى الحد ثم رجع اثنان ضمنا ربع الدية إن مات المرجوم. لأن الثلاثة قاموا بثلاثة أرباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنانه. وإن لم يمت فليس عليهما أرش للضرب عندأبـي حنيفة وعندهما يجب. وقد تقدمت المسألة. والثاني وجوب التعزير في عموم الشهادات سوى الشهادة على الزنا بأن تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضي بإقراره. لأن قول الزور جناية ليس فيها سوى القذف حد مقدر، فتوجب التعزير بلا خلاف بين أصحابنا. وإنما اختلفوا في كيفية التعزير.

قال أبو حنيفة عليه الرحمة: تعزيره تشهير فينادى عليه في سوقه أو مسجد حيه ويحذر الناس منه. فيقال: هذا شاهد الزور فاحذروه.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يضم إليه ضرب أسواط. هذا إذا تاب. فأما إذا لم يتب وأصر على ذلك بأن قال: إني شهدت بالزور وأنا على ذلك قائم فإنه يعزر بالضرب بالإجماع.

احتجا بما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «أَنَّهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّوْرِ وَسَخَمَ وَجْهَهُ»[1] ولأن قول الزور من أكبر الكبائر وليس إليه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج إلى أبلغ الزواجر.

ولأبـي حنيفة رحمه الله: ما روي أن شريحاً كان يشهر شاهد الزور[2] ولا يعزره وكان لا تخفى قضاياه على أصحاب رسول الله ﷺ رضوان الله تعالى عليهم. ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر. ولأن الكلام فيمن أقر أنه شهد/ بزور نادماً على ما فعل لا مصراً عليه. والندم توبة على لسان رسول الله ﷺ والتائب لا يستوجب [ب/١٨٨/م] الضرب حتى لو كان مصراً على ذلك يضرب. وفعل سيدنا عمر رضي الله عنه محمول عليه توفيقاً بين الدلائل والله أعلم.

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٥٣٩٢) والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ١٤٢).
(٢) أخرجه ابن أبـي شيبة في «المصنف» (٥/ ٣٦٧) والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ١٤٢).

كتاب آداب القاضي

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في بيان فرضية نصب القاضي، وفي بيان من يصلح للقضاء، وفي بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء، وفي بيان شرائط جواز القضاء، وفي بيان آداب القضاء، وفي بيان ما ينفذ من القضايا وما ينقض منها إذا رفع إلى قاض آخر، وفي بيان ما يحله القاضي وما لا يحله، وفي بيان حكم خطأ القاضي في القضاء، وفي بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء.

أما الأول: فنصب القاضي فرض لأنه ينصب لإقامة أمر مفروض وهو القضاء قال الله سبحانه وتعالى: ﴿يا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالحَقِّ﴾[1] وقال تبارك وتعالى لنبينا المكرم عليه أفضل الصلاة والسلام: ﴿فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ﴾[2].

والقضاء هو: الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله عز وجل، فكان نصب القاضي لإقامة الفرض فكان فرضاً ضرورة، ولأن نصب الإمام الأعظم فرض بلا خلاف بين أهل الحق، ولا عبرة بخلاف بعض القدرية لإجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ولمساس الحاجة إليه لتقيد الأحكام وإنصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التي هي مادة الفساد، وغير ذلك من المصالح التي لا تقوم إلا بإمام لما علم في أصول الكلام. ومعلوم أنه لا يمكنه القيام بما نصب له بنفسه فيحتاج إلى نائب يقوم مقامه في ذلك وهو القاضي، ولهذا: «**كان رسول الله ﷺ يَبْعَثُ إلى الآفَاق قُضَاةً فبعث سيدنا معاذاً رضي الله عنه**[3] **إلى اليمن، وبعث عتاب**[4] **بن أسيد إلى مكة**» فكان نصب القاضي من ضرورات نصب الإمام فكان فرضاً، وقد سماه محمدٌ/ فريضة محكمة لأنه لا يحتمل النسخ لكونه من الأحكام التي عرف وجوبها بالعقل، والحكم العقلي لا يحتمل الانتساخ والله تعالى أعلم. [١٩٠/أ م]

فصل: وأما بيان من يصلح للقضاء فنقول: الصلاحية للقضاء لها شرائط، منها العقل ومنها البلوغ، ومنها الإسلام. ومنها الحرية. ومنها البصر. ومنها النطق. ومنها السلامة عن حد القذف لما قلنا في الشهادة، فلا

---

(١) سورة صٓ، الآية: (٢٦).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٤٨).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٢٣٣) وابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣/ ١١٤) والبخاري في «الصحيح» كتاب الزكاة باب لا تؤخذ كرائم أموال الناس في الصدقة (١٤٥٨) ومسلم في «الصحيح» كتاب الإيمان باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (١٩) وأبو داود في «السنن» كتاب الزكاة باب في زكاة السائمة (١٥٨٤). والترمذي في «السنن» كتاب الزكاة باب ما جاء في كراهية أخذ خيار المال في الصدقة (٦٢٥).

(٤) أخرجه ابن ماجه في «السنن» (٢١٨٩). والحاكم في «المستدرك» (٣/ ٥٩٥).

يجوز تقليد المجنون والصبي والكافر والعبد والأعمى والأخرس والمحدود في القذف، لأن القضاء من باب الولاية بل هو أعظم الولايات، وهؤلاء ليست لهم أهلية أدنى الولايات وهي الشهادة فلأن لا يكون لهم أهلية أعلاها أولى.

وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد في الجملة لأن المرأة من أهل الشهادات في الجملة إلا أنها لا تقضي بالحدود والقصاص لأنه لا شهادة لها في ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة.

وأما العلم بالحلال والحرام وسائر الأحكام فهل هو شرط جواز التقليد؟ عندنا ليس بشرط الجواز بل شرط الندب والاستحباب. وعند أصحاب الحديث كونه عالماً بالحلال والحرام وسائر الأحكام مع بلوغ درجة الاجتهاد في ذلك شرط جواز التقليد. كما قالوا في الإمام الأعظم. وعندنا هذا ليس بشرط الجواز في الإمام الأعظم لأنه يمكنه أن يقضي بكلام غيره بالرجوع إلى فتوى غيره من العلماء. فكذا في القاضي. لكن مع هذا لا ينبغي أن يقلد الجاهل بالأحكام لأن الجاهل بنفسه ما يفسد أكثر مما يصلح بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر به. وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**القُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: قَاضٍ فِي الجَنَّةِ وَقَاضِيَانِ فِي النَّارِ. رَجُلٌ عَلِمَ عِلْماً فَقَضَى بِمَا عَلِمَ فَهُوَ فِي الجَنَّةِ. وَرَجُلٌ عَلِمَ عِلْماً فَقَضَى بِغَيْرِ مَا عَلِمَ فَهُوَ فِي النارِ. وَرَجُلٌ جَهِلَ فَقَضَى بِالجَهْلِ فَهُوَ فِي النَّارِ**»[1] إلا أنه لو قلد جاز عندنا لأنه يقدر على القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء فكان تقليده جائزاً في نفسه/ فاسداً لمعنى في غيره. والفاسد لمعنى في غيره يصلح للحكم عندنا مثل [ب/١٩٠/م] الجائز. حتى ينفذ قضاياه التي لم يجاوز فيها حد الشرع. وهو كالبيع الفاسد إنه مثل الجائز عندنا في حق الحكم. كذا هذا.

وكذا العدالة عندنا ليست بشرط لجواز التقليد، لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه إذا لم يجاوز فيها حد الشرع، وعند الشافعي رحمه الله شرط الجواز فلا يصلح الفاسق قاضياً عنده بناء على أن الفاسق ليس من أهل الشهادة عنده[2] فلا يكون من أهل القضاء، وعندنا هو من أهل الشهادة فيكون من أهل القضاء، لكن لا ينبغي أن يقلد الفاسق، لأن القضاء أمانة عظيمة، وهي أمانة الأموال والأبضاع والنفوس، فلا يقوم بوفائها إلا من كمل ورعه وتم تقواه، إلا أنه مع هذا لو قلد جاز التقليد في نفسه وصار قاضياً، لأن الفساد لمعنى في غيره فلا يمنع جواز تقليده القضاء في نفسه لما مر.

وأما ترك الطلب فليس بشرط لجواز التقليد بالإجماع، فيجوز تقليد الطالب بلا خلاف لأنه يقدر على القضاء بالحق، لكن لا ينبغي أن يقلد، لأن الطالب يكون متهماً.

وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**إنا لا نُوَلِّيْ أَمْرَنَا هَذَا مَنْ كَانَ لَهُ طَالِباً**»[3]، وعنه عليه

---

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الأقضية باب في القاضي يخطىء (٣٥٧٣).
والترمذي في «السنن» كتاب الأحكام باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي (١٣٢٢) وابن ماجه في «السنن» كتاب الأحكام باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق (٢٣١٥) والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٩٠).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ١١٧).

(٢) انظر «الأم» (٦/ ٢٠٥).

(٣) جزء من حديث أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ٤٠٩) والبخاري في «الصحيح» كتاب الإجارة باب استئجار الرجل الصالح =

الصلاة والسلام أنه قال: «مَنْ سَأَلَ القَضَاءَ وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ نَزَلَ عَلَيْهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ»[1] وهذا إشارة إلى أن الطالب لا يوفق لإصابة الحق والمجبر عليه يوفق.

وأما شرائط الفضيلة والكمال فهو: أن يكون القاضي عالماً بالحلال والحرام وسائر الأحكام. قد بلغ في علمه ذلك حد الاجتهاد، عالماً بمعاشرة الناس ومعاملتهم. عدلاً ورعاً عفيفاً عن التهمة صائن النفس عن الطمع. لأن القضاء هو الحكم بين الناس بالحق. فإذا كان المقلد بهذه الصفات فالظاهر أنه لا يقضي إلا بالحق.

ثم ما ذكرنا أنه شرط جواز التقليد فهو شرط جواز التحكيم، لأن التحكيم/ مشروع. قال الله تعالى عز شأنه: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾[2] فكان الحكم من الحكمين بمنزلة حكم القاضي المقلد. إلا أنهما يفترقان في أشياء مخصوصة: منها أن الحكم في الحدود والقصاص لا يصح. ومنها أنه ليس بلازم ما لم يتصل به الحكم حتى لو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه. وإذا حكم صار لازماً. ومنها: أنه إذا حكم في فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه إلى القاضي ورأيه يخالف رأي الحاكم المحكم له أن يفسخ حكمه، والفرق بين هذه الجملة يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى. [١/١٩١/م]

فصل: وأما بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضاء فنقول: إذا عرض القضاء على من يصلح له من أهل البلد ينظر إن كان في البلد عدد يصلحون يصلحون لا يفترض عليه القبول بل هو في سعة من القبول والترك.

أما جواز القبول فلأن الأنبياء والمرسلين صلوات الله عليهم أجمعين قضوا بين الأمم بأنفسهم وقلدوا غيرهم وأمروا بذلك فقد: «بعث رسول الله ﷺ مُعَاذاً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى اليَمَنِ قَاضِياً، وبَعَثَ عَتَّابَ بنَ أَسِيْدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى مَكَّةَ قَاضِياً»، وقلد النبي عليه الصلاة والسلام كثيراً من أصحابه رضي الله عنهم الأعمال وبعثهم إليها. وكذا الخلفاء الراشدون قضوا بأنفسهم وقلدوا غيرهم، فقلد سيدنا عمر رضي الله عنه شريحاً القضاء، وقرره سيدنا عثمان وسيدنا علي رضي الله عنهما.

وأما جواز الترك فلما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام: «أنه قال لأَبِي ذَرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِيَّاكَ والإِمَارَةَ»[3]، وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «لاَ تَتَأَمَّرَنَّ عَلَى اثْنَيْنِ»[4].

= (٢٢٦١) وأخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الإمارة باب النهي عن طلب الإمارة (١٧٣٣).

(١) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الأقضية باب في طلب القضاء (٣٥٧٨) والترمذي في «السنن» كتاب الأحكام باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي (١٣٢٤) وابن ماجه في «السنن» كتاب الأحكام باب ذكر القضاء (٢٣٠٩) والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ١٠٠).

(٢) سورة النساء، الآية: (٣٥).

(٣) أخرجه بمعناه مسلم في «الصحيح» كتاب المغازي: باب كراهة الإمارة بغير ضرورة (٤٦٩٦) بلفظ: «يا أبا ذر، إنك ضعيف، وإنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها.

(٤) أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الإمارة، باب كراهة الإمارة بغير ضرورة (١٨٢٦).
وأبو داود في «السنن» كتاب الوصايا باب ما جاء في الدخول في الوصايا (٢٨٦٨).
والنسائي في «السنن» كتاب الوصايا باب النهي عن الولاية على مال اليتيم (٦/ ٢٥٥).

وروي أن أبا حنيفة رضي الله عنه عرض عليه القضاء فأبى حتى ضرب على ذلك ولم يقبل. وكذا لم يقبله كثير من صالحي الأمة، وهذا معنى ما ذكر في الكتاب دخل فيه قوم صالحون وترك الدخول فيه قوم صالحون.

ثم إذا جاز الترك والقبول في هذا الوجه، اختلفوا في أن القبول أفضل أم الترك؟ قال بعضهم: الترك أفضل، وقال بعضهم: القبول أفضل، احتج الفريق الأول بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «مَنْ جُعِلَ عَلَى القَضَاءِ فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ»[1]، وهذا يجري مجرى الزجر عن تقلد القضاء. احتج الفريق الآخر بصنع الأنبياء والمرسلين صلوات الله عليهم/ أجمعين وصنع الخلفاء الراشدين لأن لنا فيهم قدوة، [ب/١٩١/م] ولأن القضاء بالحق إذا أراد به وجه الله سبحانه وتعالى يكون عبادة خالصة بل هو من أفضل العبادات، قال النبي المكرم عليه الصلاة والسلام: «عَدْلُ سَاعَةٍ خَيْرٌ مِنْ عِبَادَةِ سِتِّينَ سَنَةٍ»[2] والحديث محمول على القاضي الجاهل أو العالم الفاسق أو الطالب الذي لا يأمن على نفسه الرشوة فيخاف أن يميل إليها توفيقاً بين الدلائل.

هذا إذا كان في البلد عدد يصلحون للقضاء، فأما إذا كان لم يصلح له إلا رجل واحد فإنه يفترض عليه القبول إذا عرض عليه، لأنه إذا لم يصلح له غيره تعين هو لإقامة هذه العبادة فصار فرض عين عليه، إلا أنه لا بد من التقليد، فإذا قلد افترض عليه القبول على وجه لو امتنع من القبول يأثم كما في سائر فروض الأعيان والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما شرائط القضاء فأنواع بعضها يرجع إلى القاضي وبعضها يرجع إلى نفس القضاء وبعضها يرجع إلى المقضي له وبعضها يرجع إلى المقضي عليه.

أما الذي يرجع إلى القاضي: فما ذكرنا من شرائط جواز تقليد القضاء لأن من لا يصلح قاضياً لا يجوز قضاؤه ضرورة.

وأما الذي يرجع إلى نفس القضاء فأنواع: منها أن يكون بحق وهو الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة إما قطعاً بأن قام عليه دليل قطعي وهو النص المفسر من الكتابُ الكريم أو الخبر المشهور والمتواتر والإجماع، وإما ظاهراً بأن قام عليه دليل ظاهر يوجب علم غالب الرأي، وأكثر الظن من ظواهر الكتاب

= والبيهقي في «السنن الكبرى» (٣/ ١٢٩، ٦/ ٢٨٣).

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٣٦٥) وأبو داود في «السنن» الأقضية باب في طلب القضاء (٣٥٧٢، ٣٥٧١) والترمذي في «السنن» كتاب الأحكام باب ما جاء عن رسول الله في الأحكام (١٣٢٥) وقال: هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه والدارقطني في «السنن» (٤/ ٢٠٤).
والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٩١) وصححه ووافقه الذهبي.

(٢) قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ اهـ.
وأخرجه الطبراني في «الأوسط» وقال الهيثمي: لا يروى عن ابن عباس إلا بهذا الإسناد وفيه زريق بن السخت ولم أعرفه.
كما في «مجمع الزوائد» (٦/ ٢٦٣) (٥/ ١٩٧). وهو بلفظ: «يوم من إمام عادل خير من عبادة ستين سنة».
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ١٦٢).

الكريم والمتواتر والمشهور وخبر الواحد والقياس الشرعي، وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء رحمهم الله والتي لا رواية في جوابها عن السلف بأن لم تكن واقعة حتى لو قضى بما قام الدليل القطعي على خلافه لم يجز لأنه قضاء بالباطل قطعاً.

وكذا لو قضى في موضع الخلاف بما كان خارجاً عن أقاويل الفقهاء كلهم لم يجز لأن الحق لا يعدو أقاويلهم فالقضاء بما هو خارج عنها كلها يكون قضاء باطلاً قطعاً، وكذا لو قضى بالاجتهاد فيما فيه نص ظاهر يخالفه من الكتاب/ الكريم والسنة لم يجز قضاؤه لأن القياس في مقابلة النص باطل سواء كان النص قطعياً أو ظاهراً، وأما فيما لا نص فيه يخالفه ولا إجماع النقول لا يخلو: إما إن كان القاضي من أهل الاجتهاد، وإما إن لم يكن من أهل الاجتهاد، فإن كان من أهل الاجتهاد وأفضى رأيه إلى شيء يجب عليه العمل به، وإن خالف رأي غيره ممن هو من أهل الاجتهاد والرأي ولا يجوز له أن يتبع رأي غيره، لأن ما أدى إليه اجتهاده هو الحق عند الله عز وجل ظاهراً، فكان غيره باطلاً ظاهراً لأن الحق في المجتهدات واحد والمجتهد يخطىء ويصيب عند أهل السنة والجماعة في العقليات والشرعيات جميعاً. [أ/١٩٢/م]

ولو أفضى رأيه إلى شيء وهناك مجتهد آخر أفقه منه له رأي آخر فأراد أن يعمل برأيه من غير النظر فيه وترجح رأيه بكونه أفقه منه هل يسعه ذلك؟ ذكر في كتاب الحدود أن عند أبـي حنيفة يسعه ذلك، وعندهما لا يسعه إلا أن يعمل برأي نفسه.

وذكر في بعض الروايات هذا الاختلاف على العكس، فقال على قول أبـي حنيفة: لا يسعه، وعلى قولهما يسعه، وهذا يرجع إلى أن كون أحد المجتهدين أفقه من غير النظر في رأيه هل يصلح مرجحاً؟ من قال: يصلح مرجحاً قال: يسعه ومن قال: : لا يصلح قال لا يسعه.

وجه قول من لا يرى الترجيح بكونه أفقه: أن الترجيح يكون بالدليل وكونه أفقه ليس من جنس الدليل فلا يقع به الترجيح وهذا لا يصلح دليل الحكم بنفسه.

وجه قول من يرى به الترجيح: أن هذا من جنس الدليل، لأن كونه أفقه يدل على اجتهاده أقرب إلى الصواب فكان من جنس الدليل فيصلح للترجيح إن لم يصلح دليل الحكم بنفسه أبداً يكون الترجيح بما لا يصلح دليل الحكم بنفسه، ولهذا قيل في حده زيادة لا يسقط بها التعارض حقيقة لما علم في أصول الفقه. ولهذا أوجب أبوحنيفة رحمه الله تقليد الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم، ورجحه على القياس لما أن قوله أقرب إلى إصابة الحق من قول القائس/ كذا هذا، وإن أشكل عليه حكم الحادثة استعمل رأيه في ذلك وعمل به، والأفضل أن يشاور أهل الفقه في ذلك، فإن اختلفوا في حكم الحادثة نظر في ذلك فأخذ بما يؤدي إلى الحق ظاهراً، وإن اتفقوا على رأي يخالف رأيه عمل برأي نفسه أيضاً، لأن المجتهد مأمور بالعمل بما يؤدي إليه اجتهاده فحرم عليه تقليد غيره، لكن لا ينبغي أن يعجل بالقضاء ما لم يقض حق التأمل والاجتهاد وينكشف له وجه الحق، فإذا ظهر له الحق باجتهاده قضى بما يؤدي إليه اجتهاده ولا يكونن خائفاً في اجتهاده بعدما بذل مجهوده لإصابة الحق، فلا يقولن إني أرى وإني أخاف، لأن الخوف والشك والظن يمنع من إصابة الحق ويمنع من الاجتهاد، فينبغي أن يكون جريئاً جسوراً على الاجتهاد بعد أن لم يقصر في طلب [ب/١٩٢/م]

الحق، حتى لو قضى مجازفاً لم يصح قضاؤه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى، وإن كان من أهل الاجتهاد إلا أنه إذا كان لا يدري حاله يحمل على أنه قضى برأيه ويحكم بالصحة حملاً لأمر المسلم على الصحة والسداد ما أمكن، والله سبحانه وتعالى أعلم.

هذا إذا كان القاضي من أهل الاجتهاد، فأما إذا لم يكن من أهل الاجتهاد فإن عرف أقاويل أصحابنا وحفظها على الاختلاف والاتفاق عمل بقول من يعتقد قوله حقاً على التقليد، وإن لم يحفظ أقاويلهم عمل بفتوى أهل الفقه في بلده من أصحابنا وإن لم يكن في البلد إلا فقيه واحد من قال: يسعه أن يأخذ بقوله ونرجو أن لا يكون عليه شيء، لأنه إذا لم يكن من أهل الاجتهاد بنفسه وليس هناك سواه من أهل الفقه مست الضرورة إلى الأخذ بقوله. قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾[(١)].

ولو قضى بمذهب خصمه وهو يعلم ذلك لا ينفذ قضاؤه، لأنه قضى بما هو باطل عنده في اعتقاده فلا ينفذ، كما لو كان مجتهداً فترك رأي نفسه وقضى برأي مجتهد يرى رأيه باطلاً فإنه لا ينفذ قضاؤه، لأنه قضى بما هو باطل في اجتهاده. كذا هذا.

ولو نسي القاضي مذهبه فقضى بشيء على ظن أنه مذهب نفسه ثم تبين أنه مذهب خصمه، ذكر في «شرح الطحاوي»/ أن له أن يبطله ولم يذكر الخلاف، لأنه إذا لم يكن مجتهداً تبين أنه قضى بما لا يعتقده [أ/١٩٣/م] حقاً فتبين أنه وقع باطلاً، كما لو قضى وهو يعلم أن ذلك مذهب خصمه.

وذكر في «أدب القاضي» أنه يصح قضاؤه عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يصح، لهما: أن القاضي مقصر لأنه يمكنه حفظ مذهب نفسه، وإذا لم يحفظ فقد قصر والمقصر غير معذور. ولأبي حنيفة: أن النسيان غالبٌ، خصوصاً عند تزاحم الحوادث فكان معذوراً.

هذا إذا لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد فأما إذا كان من أهل الاجتهاد ينبغي أن يصح قضاؤه في الحكم بالإجماع، ولا يكون لقاض آخر أن يبطله لأنه لا يصدق على النسيان بل يحمل على أنه اجتهد فأدى اجتهاده إلى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاؤه باجتهاده فيصح.

وإن قضى في حادثة وهي محل الاجتهاد برأيه ثم رفعت إليه ثانياً فتحول رأيه، يعمل بالرأي الثاني، ولا يوجب هذا نقض الحكم بالرأي الأول، لأن القضاء بالرأي الأول قضاء مجمع على جوازه لاتفاق أهل الاجتهاد على أن للقاضي أن يقضي في محل الاجتهاد وبما يؤدي إليه اجتهاده فكان هذا قضاء متفقاً على صحته، ولا اتفاق على صحة هذا الرأي الثاني فلا يجوز نقض المجمع عليه بالمختلف، ولهذا لا يجوز لقاضٍ آخر أن يبطل هذا القضاء، كذا هذا. وقد روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه: «أَنَّهُ قَضَى فِي حَادِثَةٍ ثُمَّ قَضَى فِيهَا بِخِلَافِ تِلْكَ القَضِيَّةِ فَسُئِلَ فَقَالَ: تِلْكَ كَمَا قَضَينَا وَهَذِهِ كما نَقضِي»[(٢)].

---

(١) سورة الأنبياء، الآية: (٧).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٧/ ٣٣٤).
وعبد الرزاق في «مصنفه» (١٠/ ٢٤٩).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٢٥٥).

ولو رفعت إليه ثالثاً فتحول رأيه إلى الأول يعمل به ولا يبطل قضاؤه بالرأي الثاني بالعمل بالرأي الأول، كما لا يبطل قضاؤه الأول بالعمل بالرأي الثاني لما قلنا.

ولو أن فقيهاً قال لامرأته: أنت طالق ألبتة ومن رأيه أنه بائن، فأمضى رأيه فيما بينه وبين امرأته وعزم على أنها قد حرمت عليه، ثم تحول رأيه إلى أنها تطليقة واحدة يملك الرجعة فإن يعمل برأيه الأول في حق هذه المرأة تحرم عليه، وإنما يعمل برأيه الثاني في المستقبل في حقها وفي حق غيرها، لأن الأول رأي أمضاه بالاجتهاد وما أُمْضِيَ بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله. وكذلك لو كان رأيه أنها واحدة يملك الرجعة فعزم على أنها منكوحة ثم تحول رأيه إلى أنه بائن/ [ب/١٩٣/م] فإنه يعمل برأيه الأول ولا تحرم عليه لما قلنا، ولو لم يكن عزم على الحرمة في الفصل الأول حتى تحول رأيه إلى الحل لا تحرم عليه، وكذا في الفصل الثاني لو لم يكن عزم على الحل حتى تحول رأيه إلى الحرمة تحرم عليه، لأن نفس الاجتهاد محل النقض ما لم يتصل به الإمضاء، واتصال الإمضاء بمنزلة اتصال القضاء، واتصال القضاء يمنع من النقض فكذا اتصال الإمضاء.

وكذلك الرجل إذا لم يكن فقيهاً فاستفتى فقيهاً فأفتاه بحلال أو حرام ولو لم يكن عزم على ذلك حتى أفتاه فقيه آخر بخلافه فأخذ بقوله وأمضاه في منكوحته لم يجز له أن يترك ما أمضاه فيه ويرجع إلى ما أفتاه به الأول، لأن العمل بما أمضى واجب لا يجوز نقضه، مجتهداً كان أو مقلداً، لأن المقلد متعبد بالتقليد كما أن المجتهد متعبد بالاجتهاد ثم لم يجز للمجتهد نقض ما أمضاه. فكذا لا يجوز ذلك للمقلد.

ثم ما ذكرنا من نفاذ قضاء القاضي في محل الاجتهاد بما يؤدي إليه اجتهاده إذا لم يكن المقضي عليه والمقضي له من أهل الرأي والاجتهاد. أو كانا من أهل الرأي والاجتهاد ولكن لم يخالف رأيهما رأي القاضي.

فأما إذا كانا من أهل الاجتهاد وخالف رأيهما رأي القاضي فجملة الكلام فيه: أن قضاء القاضي ينفذ على المقضي عليه في محل الاجتهاد. سواء كان المقضي عليه عامياً مقلداً أو فقيهاً مجتهداً يخالف رأيه رأي القاضي بلا خلاف.

أما إذا كان مقلداً فظاهر لأن العامي يلزمه تقليد المفتي فتقليد القاضي أولى وكذا إذا كان مجتهداً لأن القضاء في محل الاجتهاد بما يؤدي إليه اجتهاد القاضي قضاء مجمع على صحته على ما مر، ولا معنى للصحة إلا النفاذ على المقضي عليه.

وصورة المسألة: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ألبتة، ورأى الزوج أنه واحدة يملك الرجعة، ورأى القاضي أنه بائن فرافعته المرأة إلى القاضي فقضى بالبينونة ينفذ قضاؤه بالاتفاق لما قلنا.

وأما قضاؤه للمقضي له بما يخالف رأيه هل ينفذ؟ قال أبو يوسف: لا ينفذ وقال محمد: ينفذ.

وصورة المسألة: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق ألبتة ورأى الزوج أنه بائن ورأى القاضي أنه واحدة يملك الرجعة فرافعته إلى القاضي فقضى/ [أ/١٩٤/م] بتطليقة واحدة يملك الرجعة لا يحل له المقام معها عند أبي يوسف، وعند محمد يحل له.

وجه قول محمد: ما ذكرنا أن هذا قضاء وقع الاتفاق على جوازه لوقوعه في فصل مجتهد فيه فينفذ على المقضي عليه والمقضي له، لأن القضاء له تعلق بهما جميعاً. ألا ترى أنه لا يصح إلا بمطالبة المقضي له.

ولأبي يوسف: أن صحة القضاء إنفاذه في محل الاجتهاد يظهر أثره في حق المقضي عليه لا في حق المقضي له، لأن المقضي عليه مجبور في القضاء عليه، فأما المقضى له فمختار في القضاء له، فلو اتبع رأي القاضي إنما يتبعه تقليداً، وكونه مجتهداً يمنع من التقليد فيجب العمل برأي نفسه.

وعلى هذا كل تحليل أو تحريم أو إعتاق أو أخذ مال إذا قضى القاضي بما يخالف رأي المقضي عليه أو له فهو على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف. وكذلك المقلد إذا أفتاه إنسان في حادثة ثم رفعت إلى القاضي فقضى بخلاف رأي المفتي فإنه يأخذ بقضاء القاضي ويترك رأي المفتي، لأن رأي المفتي يصير متروكاً بقضاء القاضي فما ظنك بالمقلد؟ ولم يذكر القدوري رحمه الله الخلاف في هذا الفصل وذكره شيخنا رحمه الله. وسننظر فيه فيما يأتي إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا يخرج القضاء بالبينة، لأن البينة العادلة مظهرة للمدعىٰ فكان القضاء بالحق. وعلى هذا يخرج القضاء بالإقرار لأن الإنسان لا يقر على نفسه كاذباً. هذا هو الظاهر فكان القضاء به قضاء بالحق، وكذا القضاء بالنكول عندنا فيما يقضىٰ فيه بالنكول، لأن النكول على أصل أصحابنا بذل أو إقرار وكل ذلك دليل صدق المدعي في دعواه لما علم، فكان القضاء بالنكول قضاء بالحق. وعلى هذا يخرج قضاء القاضي بعلم نفسه في الجملة فنقول:

تفصيل الكلام فيه أنه لا يخلو:

إما إن قضى بعلم استفاده في زمن القضاء ومكانه وهو الموضع الذي قلد قضاءه، وإما إن قضى بعلم استفاده قبل زمان القضاء وفي غير مكانه، وإما إن قضى بعلم استفاده بعد زمان القضاء في غير مكانه فإن قضى بعلم استفاده في زمن القضاء وفي مكانه/ بأن سمع رجلاً أقر لرجل بمال أو سمعه يطلق امرأته أو يعتق [ب/١٩٤/م] عبده أو يقذف رجلاً أو رآه يقتل إنساناً وهو قاض في البلد الذي قلد قضاءها جاز قضاؤه عندنا، ولا يجوز قضاؤه به في الحدود الخالصة بلا خلاف بين أصحابنا، إلا أن في السرقة يقضي بالمال لا بالقطع.

وللشافعي فيه[1] قولان: في قول لا يجوز له أن يقضي به في الكل. وفي قول: يجوز في الكل.

وجه قوله الأول: أن القاضي مأمور بالقضاء بالبينة، ولو جاز له القضاء بعلمه لم يبق مأموراً بالقضاء بالبينة، وهذا المعنى لا يفصل بين الحدود وغيرها. وجه قوله الثاني: أن المقصود من البينة العلم بحكم الحادثة وقد علم، وهذا لا يوجب الفصل بين الحدود وغيرها لأن علمه لا يختلف.

ولنا: أنه جاز له القضاء بالبينة فيجوز القضاء بعلمه بطريق الأولى، وهذا لأن المقصود من البينة ليس عينها، بل حصول العلم بحكم الحادثة، وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة علم غالب الرأي وأكثر الظن، والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا

(١) انظر «اختلاف العلماء» (٣/ ٣٧١).

أقوى فكان القضاء به أولى، إلا أنه لا يقضي به في الحدود الخالصة. لأن الحدود يحتاط في درئها، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه. ولأن الحجة في وضع الشيء هي البينة التي تتكلم بها، ومعنى البينة وإن وجد فقد فاتت صورتها، وفوات الصورة يورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات بخلاف القصاص فإنه حق العبد، وحقوق العباد لا يحتاط في إسقاطها، وكذا حد القذف لأن فيه حق العبد وكلاهما لا يسقطان بشبهة فوات الصورة.

هذا إذا قضى بعلم استفاده في زمن القضاء ومكانه، فأما إذا قضى بعلم استفاده في غير زمن القضاء ومكانه أو في زمان القضاء في غير مكانه وذلك قبل أن يصل إلى البلد الذي ولي قضاءه فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة أصلاً وعندهما يجوز فيما سوى الحدود الخالصة، فأما في الحدود/ الخالصة فلا يجوز. [١٩٥/أ م]

وجه قولهما: أنه لما جاز أن يقضي بالعلم المستفاد في زمن القضاء جاز له أن يقضي بالعلم المستفاد قبل زمن القضاء، لأن العلم في الحالين على حد واحد، إلا أن ههنا استدام العلم الذي كان له قبل القضاء بتجد أمثاله، وهناك حدث له علم لم يكن، وهما سواء في المعنى إلا أنه لم يقض به في الحدود الخالصة لتمكن الشبهة فيه باعتبار التهمة، والشبهة تؤثر في الحدود الخالصة ولا تؤثر في حقوق العباد على ما مر.

ولأبي حنيفة: الفرق بين العلمين وهو أن العلم الحادث له في زمن القضاء علم في وقت هو مكلف فيه بالقضاء فأشبه البينة القائمة فيه، والعلم الحاصل في غير زمان القضاء علم في وقت هو غير مكلف فيه بالقضاء فأشبه البينة القائمة فيه، وهذا لأن الأصل في صحة القضاء هو البينة إلا أن غيرها قد يلحق بها إذا كان في معناها، والعلم الحادث في زمان القضاء في معنى البينة يكون حادثاً في وقت هو مكلف بالقضاء فكان في معنى البينة، والحاصل قبل زمان القضاء أو قبل الوصول إلى مكانه حاصل في وقت هو غير مكلف بالقضاء فلم يكن في معنى البينة فلم يجز القضاء به فهو الفرق بين العلمين.

وعلى هذا يخرج القضاء بكتاب القضاء فنقول: لقبول الكتاب من القاضي شرائط، منها البينة على أنه كتابه، فتشهد الشهود على أن هذا كتاب فلان القاضي ويذكرون اسمه ونسبه، لأنه لا يعرف أنه كتابه بدونه. ومنها أن يكون الكتاب مختوماً ويشهدوا على أن هذا ختمه لصيانته عن الخلل فيه. ومنها أن يشهدوا بما في الكتاب بأن يقولوا: إنه قرأه عليهم مع الشهادة بالختم. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا شهدوا بالكتاب والخاتم تقبل وإن لم يشهدوا بما في الكتاب. وكذا إذا شهدوا بالكتاب وبما في جوفه تقبل وإن لم يشهدوا بالخاتم بأن قالوا: لم يشهدنا على الخاتم أو لم يكن الكتاب مختوماً أصلاً. لأبي يوسف: أن المقصود من هذه الشهادة حصول العلم للقاضي المكتوب إليه/ بأن هذا كتاب فلان القاضي، وهذا يحصل بما ذكرنا. [ب/١٩٥ م]

ولهما: أن العلم بأنه كتاب فلان لا يحصل إلا بالعلم بما فيه ولا بد من الشهادة بما فيه لتكون شهادتهم على علم بالمشهود به.

ومنها: أن يكون بين القاضي المكتوب إليه وبين القاضي الكاتب مسيرة سفر. فإن كان دونه لم تقبل لأن القضاء بكتاب القاضي أمر جوز لحاجة الناس بطريق الرخصة، لأنه قضاء بالشهادة القائمة على غائب من

غير أن يكون عند خصم حاضر لكن جوز للضرورة، ولا ضرورة فيما دون مسيرة السفر.

ومنها: أن يكون في الدين والعين التي لا حاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة كالدور والعقار.

وأما في الأعيان التي تقع الحاجة إلى الإشارة إليها، كالمنقول من الحيوان والعروض لا تقبل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الأول رحمه الله ثم رجع وقال: تقبل في العبد خاصة إذا أبق وأخذ في بلد فأقام صاحبه البينة عند قاضي بلده أن عبده أخذه فلان في بلد كذا، فشهد الشهود على الملك أو على صفة العبد وحليته فإنه يكتب إلى قاضي البلد الذي العبد فيه أنه قد شهد الشهود عندي أن عبداً صفته وحليته كذا وكذا ملك فلان أخذه فلان بن فلان ينسب كل واحد منهما إلى إبيه وإلى جده على رسم كتاب القاضي إلى القاضي. وإذا وصل إلى القاضي المكتوب إليه وعلم أنه كتابه بشهادة الشهود يسلم العبد إليه ويختم في عنقه ويأخذ منه كفيلاً ثم يبعث به إلى القاضي الكاتب حتى يشهد الشهود عليه عنده بعينه على الإشارة إليه، ثم يكتب القاضي الكاتب له كتاباً آخر إلى ذلك القاضي المكتوب إليه أول مرة، فإذا علم أنه كتابه قبله وقضى وسلم العبد إلى الذي جاء بالكتاب وأبرأ كفيله، ولا يقبل في الجارية بالإجماع.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: أن الحاجة إلى قبول كتاب القاضي في العبد متحققة لعموم البلوى به، فلو لم يقبل لضاق الأمر على الناس ولضاعت أموالهم، ولا حاجة إليه في الأمة لأنها لا تهرب عادة لعجزها وضعف بنيتها وقلبها. ولهما: أن الشهادة لا تقبل إلا على معلوم للآية الكريمة: ﴿إِلاَّ مَنْ شَهِدَ بِالحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾[1] والمنقول لا يصير معلوماً إلا بالإشارة إليه، والإشارة إلى/ الغائب محال فلم تصح شهادة [أ/١٩٦م] الشهود ولا دعوى المدعي لجهالة المدعى فلا يقبل الكتاب فيه، ولهذا لم يقبل في الجارية وفي سائر المنقولات بخلاف العقار، لأنه يصير معلوماً بالتحديد، وبخلاف الدين لأن الدين يصير معلوماً بالوصف. وهذا الذي ذكرنا مذهب أصحابنا رضي الله عنهم.

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الكل، وقضاة زماننا يعملون بمذهبه لحاجة الناس. وينبغي للقاضي المرسل إليه أن لا يفك الكتاب إلا بمحضر من الخصم ليكون أبعد من التهمة.

ومنها: أن لا يكون في الحدود والقصاص، لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة وأنه لا تقبل فيهما. كذا هذا.

ومنها: أن يكون اسم المكتوب له وعليه واسم أبيه وجده وفخذه مكتوباً في الكتاب، حتى لو نسبه إلى أبيه ولم يذكر اسم جده، أو نسبه إلى قبيلة كبني تميم ونحوه لا يقبل، لأن التعريف لا يحصل به إلا وأن يكون شيئاً ظاهراً مشهوراً أشهر من القبيلة فيقبل لحصول التعريف.

ومنها: ذكر الحدود في الدور والعقار، لأن التعريف في المحدود لا يصح إلا بذكر الحد.

---

(١) سورة الزخرف، الآية: (٨٦).

ولو ذكر في الكتاب ثلاثة حدود يقبل عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر رحمه الله: لا يقبل ما لم يشهدوا على الحدود الأربعة. ولو شهدوا على حدين لا تقبل بالإجماع، وإذا كانت الدار مشهورة كدار الأمير وغيره لا تقبل عند أبي حنيفة عليه الرحمة، وعندهما تقبل. وهذه من مسائل الشروط.

ومنها: أن يكون القاضي الكاتب على قضائه عند وصول كتابه إلى القاضي المكتوب إليه حتى لو مات أو عزل قبل الوصول إليه لم يعمل به، ولو مات بعد وصول الكتاب إليه جاز له أن يقضي به.

ومنها: أن يكون القاضي المكتوب إليه على قضائه حتى لو مات أو عزل قبل وصول الكتاب إليه ثم وصل إلى القاضي الذي ولي مكانه لم يعمل به لأنه لم يكتب إليه والله تعالى أعلم.

ومنها: أن يكون القاضي الكاتب من أهل العدل، فإن كان من أهل البغي لم يعمل به قاضي أهل العدل بل يرده كبتاً وغيظاً لهم.

[ب/١٩٦/م] **ومنها:** أن يكون لله سبحانه وتعالى خالصاً، لأن القضاء عبادة، والعبادة/ إخلاص العمل بكليته لله عز وجل فلا يجوز قضاؤه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له، لأن القضاء له قضاءٌ لنفسه من وجه فلم يخلص لله سبحانه وتعالى. وكذا إذا قضى في حادثة برشوة لا ينفذ قضاؤه في تلك الحادثة، وإن قضى بالحق الثابت عند الله جل وعلا من حكم الحادثة، لأنه إذا أخذ على القضاء رشوة فقد قضى لنفسه لا لله عز اسمه فلم يصح.

وأما الذي يرجع إلى المقضي له فأنواع:

منها: أن يكون ممن تقبل شهادته للقاضي، فإن كان ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز قضاء القاضي له لما قلنا، والله تعالى الموفق.

ومنها: أن يكون حاضراً وقت القضاء فإن كان غائباً لم يجز القضاء له إلا إذا كان عنه خصم حاضر، لأن القضاء على الغائب كما لا يجوز فالقضاء للغائب أيضاً لا يجوز.

ومنها: طلب القضاء من القاضي في حقوق العباد لأن القضاء وسيلة إلى حقه فكان حقه، وحق الإنسان لا يُسْتَوْفَىٰ إلا بطلبه.

وأما الذي يرجع إلى المقضي عليه فحضرته حتى لا يجوز القضاء على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر، وهذا عندنا، وعند الشافعي رحمه الله ليس بشرط والمسألة ذكرت في كتاب الدعوى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما آداب القضاء فكثيرة، والأصل فيها كتاب سيدنا عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رحمه الله، سماه محمد رحمه الله كتاب السياسة وفيه: «أما بعد فإنّ القضاء فريضة محكمةٌ، وسنةٌ متبعة فافهم إذا أدلي إليك، فإنّه لا ينفعُ تكلم بحق لا نفاذ له، آس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك، وفي رواية: «لا يخاف ضعيف جورك. البينة على المدعي واليمين على من أنكر. الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ولا

يمنعك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في القرآن العظيم والسنة، ثم اعرف الأمثال والأشباه وقس/ الأمور عند ذلك فاعمد إلى أحبها وأقربها إلى الله تبارك [أ/١٩٧م] وتعالى وأشبهها بالحق، اجعل للمدعي أمداً ينتهي إليه، فإذا أحضر بينة أخذ بحقه وإلا وجب القضاء عليه».

وفي رواية: وإن عجز عنها استحللت عليه القضاء فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى، المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف أو ظنيناً في ولاء أو قرابة أو مجرباً عليه شهادة زور، فإن الله تعالى تولى منكم السر، وفي رواية السرائر ودرأ عنكم بالبينات، إياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس للخصوم في مواطن الحق الذي يوجب الله سبحانه وتعالى به الأجر ويحسن به الذخر، وأن من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه في الحق يكفه الله تعالى فيما بينه وبين الناس، ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه شانه الله عز وجل، فإنه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة إلا ما كان خالصاً فما ظنك بثواب عن الله سبحانه من عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام».

ومنها: أن يكون القاضي فهماً عند الخصومة فيجعل فهمه وسمعه ، قلبه إلى كلام الخصمين لقول سيدنا عمر رضي الله عنه في كتاب السياسية: **فافْهَمْ إذَا أُدْلِيَ إلَيْكَ**. ولأن من الجائز أن يكون الحق مع أحد الخصمين فإذا لم يفهم القاضي كلامهما يضيع الحق، وذلك قوله رضي الله تعالى عنه: **فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له**.

ومنها: أن لا يكون قلقاً وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضي الله عنه: «**إيَّاكَ والقَلَقَ**»[1]، وهذا ندب إلى السكون والتثبيت.

ومنها: أن لا يكون ضجراً عند القضاء إذا اجتمع عليه الأمور فضاق صدره لقوله رضي الله عنه: «**إيَّاكَ والضَّجَرَ**».

ومنها: أن لا يكون غضبان وقت القضاء لقول سيدنا عمر رضي الله عنه: «**إيَّاكَ وَالغَضَبَ**»، وقال عليه الصلاة والسلام: «**لاَ يَقْضِيْ القَاضِي وَهُوَ غَضْبَانُ**»[2]. ولأنه يدهشه عن التأمل.

ومنها: أن لا يكون جائعاً ولا عطشان ولا ممتلئاً، لأن هذه العوارض من القلقْ والضجر، والغضب والجوع والعطش والامتلاء مما يشغله عن الحق. ومنها: أن لا يقضي وهو يمشي على الأرض أو يسير على الدابة، لأن المشي والسير يشغلانه عن النظر والتأمل في كلام الخصمين. ولا بأس بان يقضي وهو متكىء، لأن الاتكاء/ لا يقدح في التأمل والنظر. [ب/١٩٧م]

ومنها: أن يسوي بين الخصمين في الجلوس فيجلسهما بين يديه لا عن يمينه ولا عن يساره، لأنه لو فعل ذلك فقد قرب أحدهما في مجلسه. وكذا ألا يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره. لأن لليمين

---

(١) من كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري أخرجه الدارقطني في «السنن» (٤/ ٢٠٧).

(٢) أخرجه البخاري في «**الصحيح**» كتاب الأحكام باب هل يقضي القاضي، (٧١٥٨).
ومسلم في «**الصحيح**» كتاب الأقضية باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان (١٧١٧).

فضلاً على اليسار. وقد روي أن عمر وأبي بن كعب رضي الله عنهما اختصما في حادثة إلى زيد بن ثابت: «فَأَلْقَى لِسَيِّدِنَا عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وِسَادَةً. فَقَالَ سَيِّدُنَا عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هَذَا أَوَّلُ جَوْرِكَ. وَجَلَسَ بَيْنَ يَدَيْهِ».

ومنها: أن يسوي بينهما في النظر والنطق والخلوة. فلا ينطلق بوجهه إلى أحدهما. ولا يسارُ أحدهما ولا يومىء إلى أحدهما بشيء دون خصمه. ولا يرفع صوته على أحدهما ولا يكلم أحدهما بلسان لا يعرفه الآخر ولا يخلو بأحد في منزله ولا يضيف أحدهما فيعدل بين الخصمين في هذا كله لما في ترك العدل فيه من كسر قلب الآخر ويتهم القاضي به أيضاً.

ومنها: أن لا يقبل الهدية من أحدهما إلا إذا كان لا يلحقه به تهمة. وجملة الكلام فيه: أن المهدي لا يخلو إما أن يكون رجلاً كان يهدى إليه قبل تقليد القضاء وإما إن كان لا يهدى إليه، فأما إن كان قريباً له أو أجنبياً، فإن كان قريباً له ينظر إن كان له خصومة في الحال فإنه لا يقبل لأنه يلحقه التهمة، وإن كان لا خصومة له في الحال يقبل لأنه لا تهمة فيه، وإن كان أجنبياً لا يقبل سواء كان له خصومة في الحال أو لا، لأنه إن كان له خصومة في الحال كان بمعنى الرشوة، وإن لم يكن فربما يكون له خصومة في الحال يأتي بعد ذلك فلا يقبل ولو قبل يكون لبيت المال.

هذا إذا كان الرجل لا يهدي إليه قبل تقليد القضاء، فأما إذا كان يهدي إليه فإن كان له في الحال خصومة لا تقبل لأنه يتهم فيه، وإن كان لا خصومة له في الحال ينظر إن كان أهدى مثل ما كان يهدي أو أقل يقبل لأنه لا تهمة فيه، وإن كان أكثر من ذلك يرد الزيادة عليه، وإن قبل كان لبيت المال، وإن لم يقبل للحال حتى انقضت الخصومة ثم قبلها لا بأس به/ . [١٩٨/أ/م]

ومنها: أن لا يجيب الدعوة الخاصة بأن كانوا خمسة أو عشرة لأنه لا يخلو من التهمة إلا إذا كان صاحب الدعوة ممن كان يتخذ له الدعوة قبل القضاء أو كان بينه وبين القاضي قرابة فلا بأس بأن يحضر إذا لم يكن له خصومة لانعدام التهمة، فإن عرف القاضي له خصومة لم يحضرها.

وأما الدعوة العامة فإن كانت بدعة كدعوة المباراة ونحوها لا يحل له أن يحضرها لأنه لا يحل لغير القاضي إجابتها فالقاضي أولى. وإن كانت سنة كوليمة العرس والختان فإنه يجيبها لأنه إجابة السنة ولا تهمة فيه.

ومنها: أن لا يلقن أحد الخصمين حجته، لأن فيه مكسرة قلب الآخر، ولأن فيه إعانة أحد الخصمين فيوجب التهمة، غير أنه إن تكلم أحدهما أسكت الآخر ليفهم كلامه. ومنها أن لا يلقن الشاهد بل يتركه يشهد بما عنده، فإن أوجب الشرع قبوله قبله وإلا رده. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع وقال: لا بأس بتلقين الشاهد بأن يقول: أتشهد بكذا وكذا؟ وجه قوله: أن من الجائز أن الشاهد يلحقه الحصر لمهابة مجلس القضاء فيعجزه عن إقامة الحجة فكان التلقين تقويماً لحجة ثابتة فلا بأس به. ولهما: أن القاضي يتهم بتلقين الشاهد فيتحرج عنه.

ومنها: أن لا يعبث بالشهود لأن ذلك يشوش عليهم عقولهم فلا يمكنهم أداء الشهادة على وجهها، وإذا

اتهم الشهود فلا بأس بأن يفرقهم عند أداء الشهادة فيسألهم أين كان ومتى كان، فإن اختلفوا اختلافاً يوجب رد الشهادة ردها وإلا فلا.

ويشهد القاضي الجنازة لأن ذلك حق الميت على المسلمين فلم يكن متهماً في أداء سنة فيحضرها إلا إذا اجتمعت الجنائز على وجه لو حضرها كلها لشغله ذلك عن أمور المسلمين، فلا بأس أن لا يشهد لأن القضاء فرض عين وصلاة الجنازة فرض كفاية فكان إقامة فرض العين عند تعذر الجمع بينهما أولى. ويعود المريض أيضاً، لأن ذلك حق المسلمين على المسلمين فلا يلحقه التهمة بإقامته ويسلم على الخصوم إذا دخلوا المحكمة، لأن السلام/ من سنة الإسلام وكان شريح يسلم على الخصوم لكن لا يخص أحد الخصمين [ب/١٩٨/م] بالتسليم عليه دون الآخر وهذا قبل جلوسه في مجلس الحكم.

فأما إذا جلس لا يسلم عليهم ولا هم يسلمون عليه، أما هو فلا يسلم عليهم لأن السنة أن يسلم القائم على القاعد لا القاعد على القائم، وهو قاعد وهم قيام. وأما هم فلا يسلمون عليه لأنهم لو سلموا عليه لا يلزمه الرد لأنه اشتغل بأمر هو أهم وأعظم من رد السلام فلا يلزمه الاشتغال.

كذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني في رجل يقرأ القرآن فدخل عليه آخر أنه لا ينبغي له أن يسلم عليه. ولو سلم عليه لا يلزمه الجواب.

وكذا المدرس إذا جلس للتدريس لا ينبغي لأحد أن يسلم عليه. ولو سلم لا يلزمه الرد لما قلنا، بخلاف الأمير إذا جلس فدخل عليه الناس أنهم يسلمون عليه وهو السنة، وإن كان سلاطين زماننا يكرهون التسليم عليهم وهو خطأ منهم لأنهم جلسوا للزيارة، ومن سنة الزائر التسليم على من دخل عليه. وأما القاضي فإنما جلس للعبادة لا للزيارة فلا يسن التسليم عليه ولا يلزمه الجواب إن سلموا لكن لو أجاب جاز.

ومنها: أن يسأل القاضي عن حال الشهود فيما سوى الحدود والقصاص، وإن لم يطعن الخصم، وهو من آداب القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن القضاء بظاهر العدالة وإن كان جائزاً عنده فلا شك أن القضاء بالعدالة الحقيقية أفضل، وأما عندهما فهو من واجبات القضاء.

وكذا إذا طعن الخصم عنده في غير الحدود والقصاص وفي الحدود والقصاص طعن أو لم يطعن، ثم القضاة من السلف كانوا يسألون بأنفسهم عن حال الشهود من أهل محلتهم وأهل سوقهم، وإن كان الشاهد سوقياً ممن هو أتقى الناس وأورعهم وأعظمهم أمانة وأعرفهم بأحوال الناس ظاهراً وباطناً، والقضاة في زماننا نصبوا للعدل تيسيراً للأمر عليهم لما يتعذر على القاضي طلب المعدل في كل شاهد فاستحسنوا نصب العدل.

ثم نقول: للتعديل شرائط بعضها يرجع إلى نفس/ العدل وبعضها يرجع إلى فعل التعديل. [أ/١٩٩/م]

أما الأول فأنواع: منها: العقل. ومنها: البلوغ. ومنها: الإسلام. فلا يجوز تعديل المجنون والصبي والكافر. لأن التزكية إن كانت تجري مجرى الشهادة فهؤلاء ليسوا من أهل الشهادة فلا يكونون من أهل التزكية. وإن كانت من باب الإخبار عن الديانات فخبرهم في الديانات غير مقبول، لأنه لا بد فيه من العدالة ولا عدالة لهؤلاء.

ومنها: العدالة لأن من لا يكون عدلاً في نفسه كيف يعدل غيره.

وأما العدد فليس بشرط الجواز عند أبي حنيفة وأبي يوسف لكنه شرط الفضيلة والكمال، وعند محمد شرط الجواز.

وجه قوله: أن التزكية في معنى الشهادة، لأنه خبر عن أمر غاب عن علم القاضي، وهذا معنى الشهادة فيشترط لها نصاب الشهادة.

ولهما: أن التزكية ليست بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم فيها العدد، على أن شرط العدد في الشهادات ثبت نصاً غير معقول المعنى فيما يشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم مراعاة العدد فيما وراءه. وعلى هذا الخلاف العدد في الترجمان وحامل المنشور أنه ليس بشرط عندهما، وعنده شرط، وعلى هذا الخلاف حرية المعدل وبصره وسلامته عن حد القذف أنه ليس بشرط عندهما، فتصح تزكية الأعمى والعبد والمحدود في القذف. وعند محمد شرط فلا تصح تزكيتهم لأن التزكية شهادة عنده فيشترط لها ما يشترط لسائر الشهادات، وعندهما ليست بشهادة فلا يراعى فيها شرائط الشهادة لما قلنا. وأما الذكورة فليست بشرط لجواز التزكية، فتجوز تزكية المرأة إذا كانت امرأة تخرج لحوائجها وتخالط الناس فتعرف أحوالهم، وهذا ظاهر الرواية على أصلها لأن هذا من باب الإخبار عن الديانات وهي من أهله.

وأما عند محمد فتقبل تزكيتها فيما تقبل شهادتها فتصح تزكيتها فيما يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين، وتجوز تزكية الولد للوالد والوالد للولد، وكل ذي رحم محرم منه، لأنه لا حق للعدل في التعديل إنما هو حق المدعي فلا يوجب تهمة فيه. وهذا يشكل على أصل محمد لأنه يجري التعديل/ [ب/١٩٩/م] مجرى الشهادة، وشهادة الوالد لولده وعكسه لا تقبل.

ومنها: أن لا يكون المزكي مشهوداً عليه، فإن كان لم تعتبر تزكيته ويجب السؤال، وهذا تفريع على مذهب أبي يوسف ومحمد فيما سوى الحدود والقصاص بناءً على أن المسألة ما وجبت حقاً للمشهود عليه عندهما وإنما وجبت حقاً للشرع، وحق الشرع لا يتأدى بتعديله لأن في زعم المدعي والشهود أنه كاذب في إنكاره فلا يصح تعديله.

وعند أبي حنيفة السؤال فيما سوى الحدود والقصاص حق المشهود عليه، وحق الإنسان لا يطلب إلا بطلبه فما لم يطعن لا يتحقق الطلب فلا تجب المسألة.

وذكر في كتاب التزكية أن المشهود عليه إذا قال للشاهد: هو عدل لا يكتفي به ما لم ينضم إليه آخر على قول محمد فصار عن محمد روايتان، في رواية لا تعتبر أصلاً وفي رواية يقبل تعديله إذا انضم إليه غيره.

وأما الثاني الذي يرجع إلى فعل التعديل فهو: أن يقول المعدل في التعديل هو عدل جائز الشهادة، حتى لو قال: هو عدل ولم يقل جائز الشهادة لا يقبل تعديله لجواز أن يكون الإنسان عدلاً في نفسه ولا تجوز شهادته، كالمحدود في القذف إذا تاب وصلح والعبد الصالح.

وكذلك إذا قال في الرد: هو ليس بعدل لا يرد ما لم يقل هو غير جائز الشهادة لأن غير العدل وهو

الفاسق تجوز شهادته إذا تحرى القاضي الصدق في شهادته ولو قضى به القاضي ينفذ.

ومنها: أن يسأل المعدل في السر أولاً فإن وجده عدلاً يعدله في العلانية أيضاً ويجمع بين المزكي والشهود وبين المدعي والمدعى عليه في تعديل العلانية، وإن لم يجده عدلاً يقول للمدعي زد في شهودك ولا يكشف عن حال المجروح ستراً على المسلم، ولا يكتفي بتعديل السر خوفاً من الاحتيال والتزوير بأن يسمي غير العدل باسم العدل، فكان الأدب هو التزكية في العلانية بعد التزكية في السر. ولو اختلف المعدلان فعدله أحدهما وجرحه الآخر سأل القاضي غيرهما فإن عدله/ آخر أخذ بالتزكية، وإن جرحه آخر [أ/٢٠٠/م] أخذ بالجرح، لأن خبر الاثنين أولى من خبر الواحد بالقبول لأنه حجة مطلقة، وإن انضم إلى كل واحد منهما رجل آخر فعدله اثنان وجرحه اثنان عمل بالجرح، لأن الجارح يعتمد حقيقة الحال والمعدل يبني الأمر على الظاهر، لأن الظاهر من حال الإنسان أن يظهر الصلاح ويكتم الفسق. فكان قبول قول الجارح أولى.

كذلك لو جرحه اثنان وعدله ثلاثة أو أربعة أو أكثر يعمل بقول الجارح لأن الترجيح لا يقع بكثرة العدد في باب الشهادة.

ومنها: أن يجلس معه جماعة من أهل الفقه يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يجهله من الأحكام، وقد ندب الله سبحانه رسوله عليه الصلاة والسلام إلى المشاورة بقوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ﴾[1] مع انفتاح باب الوحي فغيره أولى، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: «**ما رأيت أحداً بعد رسول الله ﷺ أَكْثَرَ مُشَاوَرَةً لأَصْحَابِهِ مِنْهُ**»[2].

وروي: «**أنه عليه السلام كان يقول لسيدنا أبي بكر وسيدنا عمر رضي الله تعالى عنهما قُوْلاَ فَإِنِّيْ فِيْمَا لَمْ يُوْحَ إِلَيَّ مِثْلُكُمَا**»[3] ولأن المشاورة في طلب الحق من باب المجاهدة في الله عز وجل فيكون سبباً للوصول إلى سبيل الرشاد قال الله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوْا فِيْنَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا﴾[4].

وينبغي أن يجلس معه من يوثق بدينه وأمانته لئلا يضن بما عنده من الحق والثواب، بل يهديه إلى ذلك إذا رفع إليه، ولا ينبغي أن يشاورهم بحضرة الناس لأن ذلك يذهب بمهابة المجلس والناس يتهمونه بالجهل، ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم، أو يكتب في رقعة فيدفع إليهم، أو يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان.

هذا إذا كان القاضي لا يدخله حصر بإجلاسهم عنده ولا يعجز عن الكلام بين أيديهم، فإن كان لا يجلسهم فإن أشكل عليه شيء من أحكام الحوادث بعث إليهم وسألهم.

---

(١) سورة آل عمران، الآية: (١٥٩).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/٣٢٨، ٣٣١) وعبد الرزاق في «المصنف» (٩٧٢٠) والبخاري في «الصحيح» كتاب الشروط باب الشروط في الجهاد (٢٧٣١، ٢٧٣٢).
وأبو داود في «السنن» كتاب الجهاد باب صلح العدو (٢٧٦٥).
وابن حبان في «الصحيح» كتاب السير باب الموادعة والمهادنة (٤٨٧٢).

(٣) لم أجده.

(٤) سورة العنكبوت، الآية: (٦٩).

ومنها: أن يكون له جلواز، وهو المسمى بصاحب المجلس في عرف ديارنا يقوم على رأس القاضي [ب/٢٠٠/م] لتهذيب المجلس وبيده سوط يؤدب به المنافق وينذر به المؤمن. وقد روي: «أن رسول الله/ ﷺ كان يمسك بيده سوطاً ينذر به المؤمن ويؤدب به المنافق»(١). وكان سيدنا أبو بكر «يمسك سوطاً» وسيدنا عمر «اتخذ درة» ومنها: أن يكون له أعوان يستحضرون الخصوم ويقومون بين يديه إجلالاً له ليكون مجلساً مهيباً ويذعن المتمرد للحق. وهذا في زماننا، فأما في زمان الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فما كان تقع الحاجة إلى أمثال ذلك، لأنهم كانوا ينظرون إلى الأمراء والقضاة بعين التبجيل والتعظيم ويخافونهم وينقادون للحق بدون ذلك.

فقد روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه «كان يقضي في المسجد فإذا فرغ استلقى على قفاه وتوسد بالحصى وما كان ينقص ذلك من حرمته». وروي أنه «لبس قميصاً فازدادت أكمامه عن أصابعه فدعا بالشفرة فقطعهما»، وكان لا يكفهما أياماً وكانت الأطراف متعلقة منها والناس يهابونه غاية المهابة، فأما اليوم فقد فسد الزمان وتغير الناس، فهان العلم وأهله فوقعت الحاجة إلى هذه التكليفات للتوسل إلى إحياء الحق وإنصاف المظلوم من الظالم.

ومنها: أن يكون له ترجمان لجواز أن يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضي لغته من المدعي والمدعى عليه والشهود، والكلام في عدد الترجمان وصفاته على الاتفاق والاختلاف كالكلام في عدد المزكي وصفاته كما تقدم. والله تعالى أعلم.

ومنها: أن يتخذ كاتباً لأنه يحتاج إلى محافظة الدعاوي والبينات والإقرارات التي لا يمكنه حفظها فلا بد من الكتابة، وقد يشق عليه أن يكتب بنفسه فيحتاج إلى كاتب يستعين به، وينبغي أن يكون عفيفاً صالحاً من أهل الشهادة وله معرفة بالفقه. أما العفة والصلاح فلأن هذا من باب الأمانة، والأمانة لا يؤديها إلا العفيف الصالح. وأما أهلية الشهادة فلأن القاضي قد يحتاج إلى شهادته. وأما معرفته بالفقه فلأنه يحتاج إلى الاختصار والحذف من كلام الخصمين والنقل من لغة، ولا يقدر على ذلك إلا من له معرفة بالفقه، فإن لم [أ/٢٠١/م] يكن/ فقيهاً كتب كلام الخصمين كما سمعه ولا يتصرف فيه بالزيادة والنقصان لئلا يوجب حقاً لم يجب ولا يسقط حقاً واجباً. لأن تصرف غير الفقيه بتفسير الكلام لا يخلو عن ذلك.

وينبغي أن يقعد الكاتب حيث يرى ما يكتب وما يصنع، فإن ذلك أقرب إلى الاحتياط، ثم في عرف بلادنا يقدم كتابة الدعوى على الدعوى، فيكتب دعوى المدعي ويترك موضع التاريخ بياضاً، لجواز أن تتخلف الدعوى عن وقت الكتابة، ويترك موضع الجواب أيضاً بياضاً لأنه لا يدري أن المدعى عليه يقر أو ينكر، ويكتب أسماء الشهود إن كان للمدعي شهود، ويترك بين كل شاهدين بياضاً ليكتب القاضي التاريخ وجواب الخصم وشهادة الشهود بنفسه ثم يطوي الكاتب الكتاب ويختمه ثم يكتب على ظهره خصومة فلان ابن فلان مع فلان ابن فلان في شهر كذا في سنة كذا ويجعله في قمطرة، وينبغي أن يجعل لخصومات كل شهر قمطراً على حدة ليكون أبصر بذلك، ثم يكتب القاضي في ذلك الشهر أسماء الشهود بنفسه على بطاقة أو

---

(١) لم أجده.

يستكتب الكتاب بين يديه فيبعثها إلى المعدل سراً، وهي المسماة بالمستورة في عرف ديارنا، والأفضل أن يبعث على يدي عدلين، وإن بعث على يدي عدل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: أن يقدم الخصوم على مراتبهم في الحضور الأول فالأول لقوله عليه الصلاة والسلام: «**المُبَاحُ لِمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ**»[1] وإن اشتبه عليه حالهم استعمل القرعة فقدم من خرجت قرعته، إلا الغرباء إذا خاصموا بعض أهل المصر إليه أو خاصم بعضهم بعضاً أو خاصمهم بعض أهل المصر فإنه يقدمهم في الخصومة على أهل المصر، لما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: «قَدِّمِ الغَرِيْبَ فَإِنَّكَ إِذَا لَمْ تَرفَعْ بِهِ رَأْساً ذَهَبَ وَضَاعَ حَقُّهُ فَتَكُونَ أَنْتَ الَّذِي ضَيَّعْتَهُ». ندب رضي الله عنه إلى تقديم الغريب ونبه على المعنى لأنه لا يمكنه الانتظار، فكان تأخيره في الخصومة تضييعاً لحقه، إلا إذا كانوا كثيراً بحيث يشتغل القاضي عن أهل المصر فيخلطهم بأهل المصر، لأن تقديمهم يضر بأهل المصر.

وكذا تقديم صاحب الشهود على غيره، لأن إكرام الشهود واجب. قال عليه الصلاة والسلام/ : «**أَكْرِمُوا**[ب/٢٠١/م] **الشُّهُودَ فَإِنَّ اللَّهَ يُحْيِي بِهِمُ الحُقُوقَ**»[2]، ولَيْسَ مِنَ الإِكْرَامِ حَبْسُهُمْ عَلَى بَابِ القَاضِي.

وهذا إذا كان واحداً فإن كانوا كثيراً أقرع بينهم، وينبغي أن يقدم الرجال على حدة والنساء على حدة لما في الخلط من خوف الفتنة. ولو رأى أن يجعل لهن يوماً على حدة لكثرة الخصوم فعل، لأن إفرادهن بيوم أستر لهن.

ومنها: أن لا يتعب نفسه في طول الجلوس لأنه يحتاج إلى النظر في الحجج، وبطول الجلوس يختل النظر فيها فلا ينبغي أن يفعل ذلك ويكفي الجلوس طرفي النهار وقدر ما لا يفتر عن النظر في الحجج، وإذا تقدم إليه الخصمان هل يسأل المدعي عن دعواه؟ ذكر في «**أدب القاضي**» أنه يسأل، وذكر في الزيادات أنه لا يسأل. وكذا إذا ادعى دعوى صحيحة هل يسأل المدعى عليه عن دعوى خصمه؟ ذكر في «**آداب القاضي**» أنه يسأل، وذكر في الزيادات أنه لا يسأل حتى يقول له المدعي: سله عن جواب دعواي.

وجه ما ذكر في «**الزيادات**»: أن السؤال عن الدعوى إنشاء الخصومة والقاضي لا ينشىء الخصومة.

وجه ما ذكر في الكتاب: أن من الجائز أن أحد الخصمين يلحقه مهابة مجلس القضاء فيعجز عن البيان دون سؤال القاضي فيسأل عن دعواه.

ومنها: أن المدعي إذا أقام البينة فادعى المدعى عليه الدفع وقال: لين بينة حاضرة أمهله زماناً لقول سيدنا عمر رضي الله عنه في كتاب السياسة: «اجْعَلْ للمُدَّعِي أَمَدَاً يَنْتَهِي إِلَيْهِ»[3]، وأراد به مدعي الدفع. ألا

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه القضاعي في «**مسنده الشهاب**» (٤٨٤) والخطيب في «**التاريخ**» (٥/ ٩٤، ٦/١٣٨، ١٠/ ٣٠٠). والعقيلي (٢٥٩) وفيه عبد الصمد بن علي أبو إبراهيم بن عبد الصمد قال فيه الذهبي (عن أبيه بحديث أكرموا الشهود، وهذا منكر، وما عبد الصمد بحجة... «ميزان» (٢/ ٦٢٠).

(٣) تقدم تخريجه.

ترى أنه قال: وإن عجز استحللت عليه القضاء، ولأنه لو لم يمهله وقضى ببينة المدعي ربما يحتاج إلى نقض قضائه لجواز أن يأتي بالدفع مؤخراً فهو من صيانة القضاء عن النقض. ثم ذلك مفوض إلى رأي القاضي إن شاء أخر إلى آخر المجلس، وإن شاء إلى الغد، وإن شاء إلى بعد الغد ولا يزيد عليه لأن الحق قد توجه عليه فلا يسعه التأخير أكثر من ذلك، وإن أدى ببينة غائبة لا يلتفت إليه بل يقضي للمدعي.

ومنها: أن يجلس للقضاء في أشهر المجالس ليكون أرفق بالناس، وهل يقضي في المسجد؟ قال [٢٠٢/أ/ج] أصحابنا رحمهم الله يقضي، وقال الشافعي/ رحمه الله: لا يقضي بل يقضي في بيته.

وجه قوله: أن القاضي يأتيه المشرك والحائض والنفساء والجنب ويجري بين الخصمين كلام اللغو والرفث والكذب، لأن أحدهما كاذب، وتنزيه المسجد عن هذا كله واجب.

ولنا: الاقتداء برسول الله ﷺ والصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم، فإن رسول الله ﷺ كان يقضي في المسجد، وكذا الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون رضي الله عنهم كانوا يجلسون في المسجد للقضاء والاقتداء بهم واجب، ولا بأس للقاضي أن يرد الخصوم إلى الصلح إن طمع منهم ذلك، قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[1] فكان الرد إلى الصلح رداً إلى الخير.

وقال سيدنا عمر رضي الله عنه: «رُدُّوا الخُصُومَ حَتَّى يَصْطَلِحُوا فَإِن فَصْلَ القَضَاءُ يُورِثُ بَيْنَهُمُ الضَغَائِن»[2]. فندب رضي الله عنه القضاة إلى رد الخصوم إلى الصلح ونبه على المعنى وهو حصول المقصود من غير ضغينة، ولا يزيد على مرة أو مرتين فإن اصطلحا وإلا قضى بينهما بما يوجب الشرع، وإن لم يطمع منهم الصلح لا يردهم إليه بل ينفذ القضية فيهم لأنه لا فائدة في الرد، وهل للقاضي أن يأخذ الرزق، فإن كان فقيراً له أن يأخذ لأنه يعمل للمسلمين فلا بد له من الكفاية ولا كفاية له فكانت كفايته في بيت المال إلا أن يكون له ذلك أجرة عمله وينبغي للإمام أن يوسع عليه وعلى عياله كيلا يطمع في أموال الناس.

وروي: «أن رسول الله ﷺ لمَّا بَعَثَ عَتَّابَ بنَ أَسيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ إِلىٰ مَكَّةَ وَوَلاَّهُ أَمرَهَا رَزَقَهُ أَربَعَمائِةِ دِرْهمٍ في كُلِّ عامٍ».

وروي أن الصحابة الكرام رضي الله تعالى عنهم: «أجروا لسيدنا أبـي بكر الصديق رضي الله عنه كل يوم درهماً وثلثاً أو ثلثين من بيت المال».

وكذا روي أنه كان لسيدنا عمر رضي الله عنه: «مثل ذلك من بيت المال وكان لسيدنا علي رضي الله عنه كل يوم قصعة من ثريد» و«رزق سيدنا عمر رضي الله عنه شريحاً»[3]. «وروي أن سيدنا علياً فرض له خمسمائة درهم في كل شهر»[4] وإن كان غنياً اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا يحل له أن يأخذ، لأن الأخذ

---

(١) سورة النساء، الآية: (١٢٨).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٥٣٠٤).
والبيهقي في «السنن الكبرى» وقال: هذه الروايات عن عمر منقطعة (٦/ ٦٦).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٥٢٨٢، ١٥٢٨٣).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/ ٤٣٠).

بحكم الحاجة ولا حاجة له إلى ذلك.

وقال بعضهم: يحل له الأخذ والأفضل له أن يأخذ. أما الحل فلما بينا أنه عامل للمسلمين فكانت كفايته عليهم لا من طريق الأجر، وأما الأفضلية فلأنه وإن لم يكن محتاجاً/ إلى ذلك فربما يجيء بعده قاض [ب/٢٠٢/ج] محتاج وقد صار ذلك سنة ورسماً فتمتنع السلاطين عن إبطال رزق القضاة إليهم خصوصاً سلاطين زماننا فكان الامتناع من الأخذ شحاً بحق الغير فكان الأفضل هو الأخذ، وليس للقاضي أن يستخلف إلا إذا أذن له الإمام بذلك لأنه يتصرف بالتفويض فيتقدر بقدر ما فوض إليه كالوكيل. ولو استخلف تتوقف قضايا خليفته على إجازته، بمنزلة الوكيل الخاص إذا وكل غيره فتصرف. ولو كان الإمام أذن له بذلك كان له ذلك كالوكيل العام، وفي آداب القضاء وما ندب القاضي إلى فعله كثرة لها كتاب مفرد هناك إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما بيان ما ينفذ من القضايا وما ينقض منها إذا رفع إلى قاض آخر فنقول وبالله التوفيق: قضاء القاضي الأول لا يخلو أما إن وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب العزيز والسنة المتواترة والإجماع، وأما إن وقع في فصل مجتهد فيه من ظواهر النصوص والقياس، فإن وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب أو الخبر المتواتر أو الإجماع، فإن وافق قضاؤه ذلك نفذ ولا يحل له النقض، لأنه وقع صحيحاً قطعاً، وإن خالف شيئاً من ذلك يرده لأنه وقع باطلاً قطعاً، وإن وقع في فصل مجتهد فيه فلا يخلو إما إن كان مجمعاً على كونه مجتهداً فيه وإما إن كان مختلفاً في كونه مجتهداً فيه، فإن كان ذلك مجمعاً على كونه محل الاجتهاد، فإما إن كان المجتهد فيه هو المقضي به، وإما إن كان نفس القضاء، فإن كان المجتهد فيه هو المقضي به فرفع قضاؤه إلى قاض آخر لم يرده الثاني بل ينفذه لكونه قضاءً مجمعاً على صحته لما علم أن الناس على اختلافهم في المسألة اتفقوا على أن للقاضي أن يقضي بأي الأقوال الذي مال إليه اجتهاده فكان قضاء مجمعاً على صحته، فلو نقضه إنما ينقضه بقوله، وفي صحته اختلاف بين الناس فلا يجوز نقض ما صح بالاتفاق بقول مختلف في صحته، ولأنه ليس مع الثاني دليل قطعي بل اجتهادي، وصحة قضاء القاضي الأول ثبت بدليل قطعي وهو إجماعهم على جواز القضاء بأي/ وجه اتضح له، فلا يجوز نقض ما مضى [أ/٢٠٣/ج] بدليل قاطع بما فيه شبهة، ولأن الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبني على الاجتهاد وأن لا يجوز نقضه، لأنه لو جاز نقضه يرفعه إلى قاض آخر يرى خلاف رأي الأول فينقضه ثم يرفعه المدعي إلى قاض آخر يرى خلاف رأي القاضي الثاني فينقض نقضه ويقضي كما قضى الأول فيؤدي إلى أن لا تندفع الخصومة والمنازعة أبداً، والمنازعة سبب الفساد، وما أدى إلى الفساد فساد، فإن كان رده القاضي الثاني فرفعه إلى قاض ثالث نفذ قضاء القاضي الأول وأبطل قضاء القاضي الثاني، لأن قضاء الأول صحيح وقضاء الثاني بالرد باطل.

هذا إذا كان القاضي الأول قاضي أهل العدل، فإن كان قاضي أهل البغي فرفعت قضاياه إلى قاضي أهل العدل بأن ظهر أهل العدل على المصر الذي كان في يد الخوارج فرفعت إلى قاضي أهل العدل قضايا قاضيهم لم ينفذ شيئاً منها بل ينقضها كلها وإن كانوا من أهل القضاء والشهادة في الجملة كبتاً وغيظاً لهم لينزجروا عن البغي، وإن كان نفس القضاء مجتهداً فيه إنه يجوز أم لا، كما لو قضى بالحجر على الحر أو قضى على الغائب أنه يجوز للقاضي الثاني أن ينقض قضاء الأول إذا مال اجتهاده إلى خلاف اجتهاد الأول، لأن قضاءه

هنا لم يجز بقول الكل بل بقول البعض دون البعض فلم يكن جوازه متفقاً عليه فكان محتملاً للنقض بمثله بخلاف الفصل الأول، لأن جواز القضاء هناك ثبت بقول الكل فكان متفقاً عليه فلا يحتمل النقض بقول البعض، ولأن المسألة إذا كانت مختلفاً فيها فالقاضي بالقضاء يقطع أخد الاختلافين ويجعله متفقاً عليه في الحكم بالقضاء المتفق على جوازه، وإذا كان نفس القضاء مختلفاً فيه يرفع الخلاف بالخلاف.

هذا إذا كان القضاء في محل أجمعوا على كونه محل الاجتهاد، فأما إذا كان في محل اختلفوا أنه محل الاجتهاد أم لا، كبيع أم الولد هل ينفذ قضاء القاضي أم لا؟ فعند أبـي حنيفة وأبـي يوسف رحمهما الله ينفذ [ب/٢٠٣/ج] لأنه محل الاجتهاد عندهما لاختلاف الصحابة/ في جواز بيعها. وعند محمد لا ينفذ لوقوع الاتفاق بعد ذلك من الصحابة وغيرهم، على أنه لا يجوز بيعها فخرج عن محل الاجتهاد وهذا يرجع إلى أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم؟ عندهما لا يرفع، وعنده يرفع فكان هذا الفصل مختلفاً في كونه مجتهداً فيه، فينظر إن كان من رأي القاضي الثاني أنه يجتهد فيه ينفذ قضاءه ولا يرده لما ذكرنا في سائر المجتهدات المتفق عليها، وإن كان من رأيه أنه خرج عن حد الاجتهاد وصار متفقاً عليه لا ينفذ بل يرده لأن عنده أن قضاء الأول وقع مخالفاً للإجماع فكان باطلاً. ومن مشايخنا من فصل في المجتهدات تفصيلاً آخر فقال: إن كان الاجتهاد شنيعاً مستنكراً جاز للقاضي الثاني أن ينقض قضاء الأول، وهذا فيه نظر، لأنه إذا صح كونه محل الاجتهاد فلا معنى للفصل بين مجتهد ومجتهد، لأن ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما فينبغي أن لا يجوز للثاني نقض قضاء الأول، لأن قضاءه صادف محل الاجتهاد.

فصل: وأما بيان ما يحله القضاء وما لا يحله، فالأصل أن قضاء القاضي بشاهدي الزور فيما له ولاية إنشائه في الجملة يفيد الحل عند أبـي حنيفة رحمه الله وقضاؤه بهما فيما ليس له ولاية إنشائه أصلاً لا يفيد الحل بالإجماع. وعند أبـي يوسف ومحمد رحمهما الله والشافعي رحمه الله لا يفيد الحل فيهما جميعاً، فنقول:

جملة الكلام فيه: أن القاضي إذا قضى بشاهدين ثم ظهر أنهما شاهدا زور فلا يخلو إما إن قضى بعقد أو بفسخ عقد وإما إن قضى بملك مرسل، فإن قضى بعقد أو بفسخ عقد فقضاؤه يفيد الحل عنده، وعندهم لا يفيد. ولقب المسألة إن قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهود زور هل ينفذ ظاهراً وباطناً؟ فهو على الخلاف الذي ذكرنا، وإن قضى بملك مرسل لا ينفذ قضاؤه باطناً بالإجماع.

وبيان هذه الجمل في مسائل: إذا ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها فأنكرت فأقام على ذلك شاهدي زور فقضى القاضي بالنكاح بينهما وهما يعلمان أنه لا نكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل لها التمكين عند أبـي حنيفة، وعندهم لا يحل. وكذا إذا شهد شاهدان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً وهو منكر فقضى القاضي بالرفقة بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين حل له وطؤها، وإن كان يعلم أنه شهدا بزور عنده، وعندهم [أ/٢٠٤/ج] لا/ يحل. وعلى هذا الخلاف دعوى البيع والإعتاق. وفي الهبة عن أبـي حنيفة رحمه الله روايتان، وأجمعوا على أنه لو ادعى نكاح امرأة وهي تنكر وتقول: أنا أخته من الرضاع أو أنا في عدة من زوج آخر فشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضي بشهادتهما والمرأة تعلم أنها كما أخبرت لا يحل لها التمكين.

وأجمعوا أيضاً على أنه لو ادعى رجل أن هذه جاريته وهي تنكر فأقام على ذلك شاهدين وقضى القاضي بالجارية أنه لا يحل له وطؤها إذا كان يعلم أنه كاذب في دعواه ولا يحل لأحد الشاهدين أيضاً أن يشتريها.
احتجوا بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ وَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنَ مَالِ أَخِيهِ شَيْئاً بِغَيْرِ حَقٍ فَإِنَمَا أَقْطَعُ لَهُ قَطْعَةً مِنَ النَّارِ**»(١).

أخبر الشارع عليه الصلاة والسلام أن القضاء بما ليس للمدعي قضاء له بقطعة من النار. ولو نفذ قضاؤه باطناً لما كان القضاء به قضاء بقطعة من النار ولأن القضاء إنما ينفذ بالحجة وهي الشهادة الصادقة، وهذه كاذبة بيقين فلا ينفذ حقيقة، ولهذا لم ينفذ بالملك المرسل.

وكذا إذا كانت المرأة محرمة بالعدة والردة أو الرضاع أو القرابة أو المصاهرة. كذا هذا.

ولأبي حنيفة رضي الله: عنه أن قضاء القاضي بما يحتمل الإنشاء إنشاء له فينفذ ظاهراً وباطناً، كما لو أنشأ صريحاً. ودلالة الوصف أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الإنشاء إلا بالحمل على الإنشاء لأن البينة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة فيجعل إنشاء، والعقود والفسوخ مما تحتمل الإنشاء من القاضي، فإن للقاضي ولاية إنشائها في الجملة، بخلاف الملك المرسل، لأن نفس الملك مما لا يحتمل الإنشاء. ولهذا لو أنشأ القاضي أو غيره صريحاً لا يصح، وبخلاف ما إذا كانت المرأة محرمة بأسباب، لأن هناك ليس للقاضي ولاية الإنشاء، ألا ترى أنه/ لو أنشأ صريحاً لا ينفذ. وأما الحديث فقد قيل [ب/٢٠٤/ج] إنه عليه الصلاة والسلام: «**قَالَ ذَلِكَ فِي أَخَوَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ فِي مَوَارِيثَ دُرِسَتْ بَيْنَهُمَا فَقَالَ إِلَى آخِرِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ إِلاَّ دَعْوَاهُمَا**». كذا ذكره أبو داود عن أم سلمة رضي الله عنهما، والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى وبه نقول، مع أنه ليس فيه ذكر السبب، والكلام في القضاء بسبب على أنا نقول بموجبه، لكن لِمَ قلتم إن القضاء بسبب قضاء له من مال آخر بغير حق؟ بل هو قضاء له من مال نفسه وبحق، لأن القضاء بسبب الملك صحيح عندنا فقد قلنا بموجب الحديث والحمد لله وحده.

فصل: وأما بيان حكم خطأ القاضي في القضاء فنقول: الأصل أن القاضي إذا أخطأ في قضائه بأن ظهر أن الشهود كانوا عبيداً أو محدودين في قذف أنه لا يؤاخذ بالضمان، لأنه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة. ثم ينظر إما إن كان المقضي به من حقوق العباد وإما إن كان من حقوق الله عز وجل خالصاً، كالقطع في السرقة والرجم في زنا المحصن، فإن كان في حقوق العباد فإن كان مالاً وهو قائم رده على المقضي عليه، لأن قضاءه وقع باطلاً ورد عين المقضي به ممكن فيلزمه رده لقول

(١) أخرجه البخاري في «**الصحيح**» كتاب المظالم باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه (٢٤٥٨) وكتاب الشهادات باب من أقام البينة بعد اليمين (٢٦٨٠) وكتاب الحيل باب ـ ١٠ ـ (٦٩٦٧)...

ومسلم في «**الصحيح**» كتاب الأقضية باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (٤).

وأبو داود في «**السنن**» كتاب الأقضية باب في قضاء القاضي إذا أخطأ (٣٥٨٣) والترمذي في «**السنن**» كتاب الأحكام باب ما جاء في التشديد على من قضى له بشيء ليس له أن يأخذه (١٣٣٩) والنسائي في «**السنن**» كتاب آداب القضاء باب الحكم بالظاهر (٢٣٣/٨) وباب ما يقطع القضاء (٢٤٧/٨).

وابن ماجه في «**السنن**» كتاب الأحكام باب قضية الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً (٢٣١٧).

النبي عليه الصلاة والسلام: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ»(١) ولأنه عين مال المدعى عليه، ومن وجد عين ماله فهو أحق به، وإن كان هالكاً فالضمان على المقضي له لأن القاضي عمل له فكان خطؤه عليه ليكون الخراج بالضمان، ولأنه إذا عمل له فكان هو الذي فعل بنفسه.

وإن كان حقاً ليس بمال كالطلاق والعتاق بطل لأنه تبين أن قضاءه كان باطلاً وإنه أمر شرعي يحتمل الرد فيرد، بخلاف الحدود والمال الهالك لأنه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان.

هذا إذا كان المقضي به من حقوق العباد، وأما إذا كان من حق الله عز وجل خالصاً فضمانه في بيت المال، لأنه عمل فيها لعامة المسلمين لعود منفعتها إليهم وهو الزجر فكان خطؤه عليهم لما قلنا فيؤدي من بيت مالهم ولا يضمن القاضي لما قلنا ولا الجلاد أيضاً لأنه عمل بأمر القاضي. والله أعلم.

[أ/٢٠٥/ج] فصل: وأما بيان ما يخرج به القاضي عن القضاء فنقول وبالله التوفيق/: كل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضي عن القضاء. وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء ذكرناها في كتاب الوكالة لا يختلفان إلا في شيء واحد وهو أن الموكل إذا مات أو خلع ينعزل الوكيل. والخليفة إذا مات أو خلع لا تنعزل قضاته وولاته.

ووجه الفرق: أن الوكيل يعمل بولاية الموكل وفي خالص حقه أيضاً. وقد بطلت أهلية الولاية فينعزل الوكيل. والقاضي لا يعمل بولاية الخليفة وفي حقه بل بولاية المسلمين وفي حقوقهم. وإنما الخليفة بمنزلة الرسول عنهم. لهذا لم تلحقه العهدة كالرسول في سائر العقود والوكيل في النكاح. وإذا كان رسولاً كان فعله بمنزلة فعل عامة المسلمين وولايتهم بعد موت الخليفة باقية فيبقى القاضي على ولايته. وهذا بخلاف العزل فإن الخليفة إذا عزل القاضي أو الوالي ينعزل بعزله ولا ينعزل بموته. لأنه لا ينعزل بعزل الخليفة أيضاً حقيقة بل بعزل العامة لما ذكرنا أن توليته بتولية العامة والعامة ولوه الإستبدال دلالة لتعلق مصلحتهم بذلك. فكانت ولايته منهم معنى في العزل أيضاً. فهو الفرق بين العزل والموت.

ولو استخلف القاضي بإذن الإمام ثم مات القاضي لا ينعزل خليفته لأنه نائب الإمام في الحقيقة لا نائب القاضي. ولا ينعزل بموت الخليفة أيضاً كما لا ينعزل القاضي لما قلنا. ولا يملك القاضي عزل خليفته لأنه نائب الإمام فلا ينعزل بعزله كالوكيل إنه لا يملك عزل الوكيل الثاني. لأن الثاني وكيل الموكل في الحقيقة لا وكيله كذا ههنا. إلا إذا أذن له الخليفة أن يستبدل من شاء فيملك عزله، ويكون ذلك أيضاً عزلاً من الخليفة لا من القاضي لأن القاضي كالوكيل إذا قال له الموكل: اعمل برأيك أنه يملك التوكيل والعزل. وإذا عزل كان العزل في الحقيقة من الموكل، كذا هذا، وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل كما ذكر في الوكالة،

[ب/٢٠٥/ج] وهل ينعزل بأخذ الرشوة في الحكم؟ عندنا لا ينعزل لكنه يستحق العزل فيعزله الإمام ويعزره. كذا ذكر/ في كتاب الحدود. وقال مشايخ العراق من أصحابنا: إنه ينعزل، وقالوا: صحت الرواية عن أصحابنا أنه ينعزل. واستدلوا بما ذكر في «السير الكبير» أنه يخرج من القضاء، لكن رواية مشايخنا أنه لا يخرج من القضاء وهذه الرواية أولى، لأن هذه الرواية مشتبهة ورواية كتاب الحدود محكمة، لأنه ذكر أن الإمام يعزله ويعزره فكان

---

(١) تقدم تخريجه.

فيما قلنا حمل المحتمل على المحكم فكان عملاً بالروايتين جميعاً فكان أولى. وهذا عندنا.

وقال الشافعي عليه الرحمة[1]: ينعزل، وهو قول المعتزلة. ولقب المسألة أن القاضي إذا فسق هل ينعزل أو لا؟ فعندنا لا ينعزل، وعند الشافعي: ينعزل. وبه قالت المعتزلة، لكن بناء على أصلين مختلفين. فأصل المعتزلة أن الفسق يخرج صاحبه عن الإيمان فيبطل أهلية القضاء. وأصل الشافعي رحمه الله أن العدالة شرط أهلية القضاء كما هي شرط أهلية الشهادة. لأن أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة وقد زالت بالفسق فتبطل الأهلية. والأصل عندنا: أن الكبيرة لا تخرج صاحبها من الإيمان، والعدالة ليست بشرط أهلية القضاء كما ليست بشرط لأهلية الشهادة على ما ذكرنا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) انظر «المنهاج» صفحة (١٥٠) و «النهاية» (٨/ ٢٦٨).

كتاب القسمة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع: في بيان أنواع القسمة، وفي بيان شرعية كل نوع، وفي بيان معنى القسمة لغة وشرعاً، وفي بيان شرائط القسمة، وفي بيان صفات القسمة، وفي بيان حكم القسمة، وفي بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها.

أما الأول: فالقسمة في الأملاك المشتركة نوعان: **أحدهما**: قسمة الأعيان.

والثاني: قسمة المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة، أما قسمة الأعيان فقد عرفت شرعيتها بالسنة والإجماع، أما السنة فما روي: «أن النبي ﷺ قَسَّمَ غَنَائِمَ خَيْبَرَ بَيْنَ الغَانِمِيْنَ»[1] وأدنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الشرعية، وأما الإجماع فإن الناس استعملوا القسمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير فكانت شرعيته متوارثة، والمعقول يقتضيه توفيراً على كل واحد مصلحته بكمالها.

فصل: وأما بيان معنى القسمة لغة وشرعاً، أما في اللغة: فهي عبارة عن إفراز النصيب. وفي الشريعة: عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ومبادلة بعضٍ ببعض لأن ما من جزأين من العين المشتركة لا يتجزآن قبل القسمة إلا وأحدهما ملك أحد الشريكين والآخر ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين مملوكاً لهذا والنصف مملوكاً لذاك على الشيوع فإذا قسمت بينهما نصفين، والأجزاء المملوكة لكل واحد منهما شائعة غير معينة فتجتمع بالقسمة في نصيبه دون نصيب صاحبه فلا بد وأن يجتمع في نصيب كل واحد منهما أجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع، فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض أجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله ملكاً للمقسوم عليه بل يكون بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما بالتراضي أو بطلبهما/ [١/٢٣٩/ج] من القاضي رضاً من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة فكانت القسمة في حق الأجزاء المملوكة له إفرازاً وتمييزاً أو تعييناً لها في الملك وفي حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض الأجزاء المجتمعة

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٩٧٣٨).
والبخاري في «صحيحه» كتاب المغازي باب غزوة خيبر (٤٢٢٨).
ومسلم في «صحيحه» في المغازي باب كيفية القسمة بين الغانمين (٤٥٦١) ـ (٥٧) والترمذي في كتاب السير باب سهم الخيل حديث (١٥٥٤).
وفي قصة أبي موسى عندما يأتي مع جعفر ما يدل عليه: «فوافقنا رسول الله ﷺ حتى افتتح خيبر فأسهم لنا أو قال أعطانا منها ما قسم لأحد غاب فتح خيبر منها شيئاً إلا لمن شهد معه إلا أصحاب سفينتنا مع جعفر وأصحابه». أخرجه البخاري في المغازي باب غزوة خيبر رقم (٤٢٢٣) ومسلم في «فضائل الصحابة» باب فضائل جعفر بن أبي طالب وأسماء وأهل السفينة (٦٣٦، ٦٩).

في نصيب صاحبه فكانت إفراز بعض الأنصباء ومعاوضة البعض ضرورة، وهذا هو حقيقة القسمة المعقولة في الأملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازماً في كل قسمة شرعية إلا أنه أُعْطِيَ لها حكم الإفراز في ذوات الأمثال في بعض الأحكام لأن المأخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض فجعل كأنه يأخذ عين حقه بمنزلة المقرض حتى كان لكل واحد منهما أن يأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فجعل إفرازاً حكاً. وهذا المعنى لا يوجد في غير ذوات الأمثال.

فإن قيل: أليس إنه يجبر على القسمة والمعاوضات مما لا يجري فيها الجبر كالبيع ونحوه.

فالجواب: إن المعاوضة قد يجري فيها الجبر. ألا ترى أن الغريم يجبر على قضاء الدين، وقضاء الدين لا يتحقق إلا بطريق المعاوضة على ما بينا في كتاب الوكالة دل أن الجبر لا ينفي المعاوضة فجاز أن يجبر على القسمة وإن كانت معاوضة، مع ما أن الجبر لا يجري في المعاوضات المطلقة كالبيع ونحوه. والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة، بل هي إفراز من وجه ومعاوضة من وجه، فجاز أن يجري فيها الجبر.

وعلى هذا الأصل تخرج قسمة المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة إنها لا تجوز مجازفة. كما لا يجوز بيعها مجازفة لاعتبار معنى المبادلة. وذكر في الكتاب في كر حنطة مشترك بين رجلين ثلاثون منه رديئة وعشرة منه جيدة قيمتها سواء فأرادا أن يقتسماه فيأخذ أحدهما ثلاثين والآخر عشرة أنه لا يجوز لتمكن الربا فيه لتحقق معنى المعاوضة.

ولو زاد صاحب الزيادة ثوباً أو شيئاً آخر جاز لأن الزياة صارت مقابلة بالثوب فزال معنى الربا. وقال في زرع مشترك بين رجلين في أرض مملوكة لهما فأرادا قسمة الزرع دون الأرض وقد سنبل الزرع: إنه لا تجوز قسمته؛ لأن قسمته بطريق المجازفة ولا تجوز المعاوضة بطريق المجازفة في الأموال الربوية. وكذا لو أوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين، أو أوصى باللبن في الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب، لأن الصوف واللبن من الأموال الربوية فلا يحتملان القسمة مجازفة كما لا يحتملان البيع مجازفة، وكذا خيار العيب يدخل في نوعي القسمة كما يدخل في البيع، وخيار الرؤية والشرط يدخل في أحد النوعين دون الآخر لا لانعدام معنى المبادلة بل لمعنى آخر نذكره في موضعه.

ولو اشترى رجلان من رجل كر حنطة بمائة درهم فاقتسماه فلكل واحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على خمسين درهماً، ولو اشتريا داراً بمائة درهم فاقتسماها ليس لواحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على خمسين، وإنما افترق النوعان في هذا الحكم لا لاعتبار معنى الإفراز في أحدهما والمبادلة في الآخر، بل لمعنى آخر، وهو أن المرابحة بيع بمثل المذكور ثمناً في الأول مع زيادة شيء، وإنما يجوز البيع بمثل المذكور ثمناً في الأول مع زيادة شيء فيما يحتمل الزيادة. وأما فيما لا يحتمل الزيادة فلا، كما إذا اشترى كر حنطة بكر حنطة لا يبيعه مرابحة على الكر. كذا هنا، بل أولى لأن ذلك معاوضة مقصودة، والمعاوضة في القسمة ليست بمقصودة، وإذا كان كذلك يسقط اعتبار هذا الثمن شرعاً في هذا الحكم لأنه لا يحتمل الزيادة فكان له أن يبيعه مرابحة على أول ثمن يحتمل الزيادة وهو الخمسون، بخلاف قسمة الدار، لأن هناك يمكن البيع بالثمن الأول وهو ثمن القسمة وزيادة شيء بأن يبيع نصفه من شريكه بالنصف الذي في يده وربح درهم

مثلاً، كما إذا اشترى داراً بدار أو اشترى كر حنطة بثوب فأمكن بيعه مرابحة على الثمن الأول في الجملة فلم [ب/٢٣٩/ج] يجز بيعه مرابحة على خمسين، إلا أنه/ إذا باعه مرابحة أو باعه من بائعه بالنصف الذي في يإه بربح [ده يازده] لا يجوز لمعنًى عُرِفَ في كتاب البيوع. والله تعالى أعلم.

فصل: وأما شرائط جواز القسمة فأنواع: بعضها يرجع إلى القاسم وبعضها يرجع إلى المقسوم وبعضها يرجع إلى المقسوم له.

أما الذي يرجع إلى القاسم فنوعان: نوع هو: شرط الجواز ونوع هو: شرط الاستحباب. أما شرائط الجواز فأنواع:

منها: العقل فلا تجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل من شرائط أهلية التصرفات الشرعية، فأما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبي الذي يعقل القسمة بإذن وليه. وكذلك الإسلام والذكورة والحرية ليست بشرط لجواز القسمة، فتجوز قسمة الذمي والمرأة والمكاتب والمأذون، لأن هؤلاء من أهل البيع فكانوا من أهل القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: الملك والولاية فلا تجوز القسمة بدونهما. أما الملك فالمَعْنِيُّ به أن يكون القاسم مالكاً فيقسم الشركاء بالتراضي. وأما الولاية فنوعان: ولاية قضاء وولاية قرابة، إلا أن شرط ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضي وأمينه على الصغير والكبير والذكر والأنثى والمسلم والذمي والحر والعبد والمأذون والمكاتب عند طلب الشركاء كلهم أو بعضهم على ما نذكره، ولا يشترط ذلك في ولاية القرابة، فيقسم الأب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب أحد. والأصل فيه أن كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن لا فلا، ولهؤلاء ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة. وكذا القاضي له ولاية بيع مال الصغير والكبير في الجملة فكان له ولاية القسمة في الجملة.

وأما وصي الأم ووصي الأخ والعم فيقسم المنقول دون العقار لأن له ولاية بيع المنقول دون العقار. وفي وصي المكاتب إذا مات عن وفاء أنه هل يقسم؟ فيه روايتان. وهذا كله يقرر ما قلنا: إن معنى المبادلة لازم في القسمة حيث جعل سبيله سبيل البيع في الولاية، ولا يقسم وصي الميت على الموصى له لانعدام ولايته عليه.

وكذا لا يقسم الورثة عليه لانعدام ولايتهم عليه، لأن الموصى له كواحد من الورثة، ولا يقسم بعض الورثة على بعض لانعدام الولاية، فلا يقسمون على الموصي له، ولو اقتسموا وهو غائب نقضت قسمتهم؛ لكن هذا إذا كانت القسمة بالتراضي، فإن كانت بقضاء تنفذ ولا تنقض لما نذكره في موضعه؛ إن شاء الله تعالى.

وأما شرائط الاستحباب فأنواع:

منها: أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة لأنه لو كان غير عدل خائناً أو جاهلاً بأمور القسمة يخاف منه الجور في القسمة لا يجوز.

ومنها: أن يكون منصوب القاضي لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب، ولأنه أجمع لشرائط الأمانة، والأفضل أن يرزقه من بيت المال ليقسم لناس من غير أجر عليهم لأن ذلك أرفق بالمسلمين، فإن لم يمكنه أن يرزقه من بيت المال يقسم لهم بأجر عليهم، ولكن ينبغي للقاضي أن يقدر له أجرة معلومة كيلا يتحكم على الناس.

ولو أراد الناس أن يستأجروا قساماً آخر غير الذي نصبه القاضي لا يمنعهم القاضي عن ذلك ولا يجبرهم أن يستأجروا قساماً، لأنه لو فعل ذلك لعله لا يرضى إلا بأجرة كثيرة فيتضرر الناس. وكذا لا يترك القسامين يشتركون في القسم لما قلنا.

ومنها: المبالغة في تعديل الأنصباء والتسوية بين السهام بأقصى الإمكان لئلا يدخل قصور في سهم. وينبغي أن لا يدع حقاً بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب إلا إذا لم يمكن. وينبغي أن لا يضم نصيب بعض الشركاء إلى بعض إلا إذا رضوا بالضم لأنه يحتاج إلى القسمة ثانياً. وينبغي أن لا يدخل في قسمة الدار ونحوها الدراهم إلا إذا كان لا يمكن القسمة إلا كذلك لأن محل القسمة الملك المشترك ولا شركة في الدراهم فلا يدخلها في القسمة إلا عند الضرورة والله سبحانه وتعالى الموفق.

ومنها: أن يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة ويشترط عليهم قبول من خرج سهمه أولاً فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار. ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذي يليه هكذا. ثم يقرع بينهم لا لأن القرعة يتعلق بها حكم بل لتطييب النفوس ولورود السنة بها. ولأن ذلك أنفى للتهمة فكان سنة. والله سبحانه وتعالى أعلم/ . [أ/٢٤٠/ج]

وإذا قسم بأجر فأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما رحمهما الله على قدر الأنصباء.

وجه قولهما: أن أجرة القسمة من مؤنات الملك فيتقدر بقدره كالنفقة.

وجه قول أبي حنيفة عليه الرحمة: أن الأجرة بمقابلة العمل وعمله في حق الكل على السواء فكانت الأجرة عليهم على السواء، وهذا لأن عمله تمييز الأنصباء والتمييز عمل واحد، لأن تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل. والتفاوت في شيء واحد محال، وإذا لم يتفاوت العمل لا تتفاوت الأجرة. بخلاف النفقة لأنها بمقابلة الملك، والملك يتفاوت فهو الفرق، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المقسوم له فأنواع: منها أن لا يلحقه ضرر في أحد نوعي القسمة دون النوع الآخر. وبيان ذلك أن القسمة نوعان: قسمة جبر. وهي: التي يتولاها القاضي، وقسمة رضا وهي: التي يفعلها الشركاء بالتراضي، وكل واحد منهما على نوعين: قسمة تفريق وقسمة جمع.

أما قسمة التفريق فنقول وبالله تعالى التوفيق: إن الذي تصادفه القسمة لا يخلو من أحد وجهين:

إما أن يكون مما لا ضرر في تبعيضه بالشريكين أصلاً بل لهما فيه منفعة.

وإما أن يكون مما في تبعيضه مضرة، فإن كان مما لا مضرة في تبعيضه أصلاً بل فيه منفعة للشريكين

كالمكيل والموزون والعددي المتقارب فتجوز قسمة التفريق فيها قسمة جبر، كما تجوز فيها قسمة الرضا لتحقق ما شرع له القسمة وهو تكميل منافع الملك، وإن كان مما في تبعيضه ضرر فلا يخلو من أحد وجهين: إما أن يكون فيه ضرر بكل واحد منهما، وإما أن يكون فيه ضرر بأحدهما نفع في حق الآخر فإن كان في تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة الجبر فيه، وذلك نحو اللؤلؤة الواحدة والياقوتة والزمردة والثوب الواحد والسرج والقوس والمصحف الكريم، والقباء والجبة والخيمة والحائط والحمام والبيع الصغير والحانوت الصغير والرحى والفرس والجمل والبقرة والشاة، لأن القسمة في هذه الأشياء قسمة إضرار بالشريكين جميعاً والقاضي لا يملك الجبر على الإضرار. وكذلك النهر والقناة والعين والبئر لما قلنا. فإن كان مع ذلك أرض قسمت الأرض وتركت البئر والقناة على الشركة فأما إذا كانت أنهار الأرضين متفرقة أو عيوناً أو آباراً قسمت الآبار والعيون لأنه لا ضرر في القسمة. وكذا الباب والساحة والخشبة إذا كان في قطعهما ضرر. فإن كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فيها من غير ضرر جازت وتجوز قسمة الرضا في هذه الأشياء بأن يقتسماها بأنفسهما بتراضيهما، لأنهما يملكان الإضرار بأنفسهما مع ما أن ذلك لا يخلو عن نوع نفع، وما لا تجري فيه القسم لا يجبر واحد منهما على بيع حصته من صاحبه عند عامة العلماء. وقال مالك رحمه الله: إذا اختصما فيه باع القاضي وقسم الثمن بينهما، والصحيح قول العامة لأن الجبر على إزالة الملك غير مشروع.

وعلى هذا طريق بين رجلين طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، فإن كان يستقيم لكل واحد منهما طريق نافذ بعد القسمة يجبر على القسمة. لأن القسمة تقع تحصيلاً لما شرعت له وهو تكميل منافع الملك فيجبر عليها. وإن كان لا يستقيم لا يجبر على القسمة لأنها قسمة إضرار بالشريكين فلا يليها القاضي إلا إذا كان لكل واحد منهما في نصيبه من الدار مفتح من وجه آخر فيقسم أيضاً لأن القسمة في هذه الصورة لا تقع إضراراً. ولو اقتسما بأنفسهما جازت لتراضيهما بالضرر.

وكذلك المسيل المشترك إذا طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر. وإن كان بحال لو قسم يصيب كل واحد منهما بعد القسمة قدر ما يسيل ماؤه. أو كان له موضع آخر يمكنه التسييل فيه يقسم. وإن لم يمكن لم يقسم لما ذكرنا في الطريق.

وعلى هذا إذا طلب أحدهما مفتح الدار من غير رفع الطريق وأبى الآخر إلا برفع الطريق أنه إن كان لكل واحد منهما مفتح آخر يفتحه في نصيبه قسم بينهما بغير رفع الطريق لأن ما هو المطلوب من القسمة وهو تكميل منافع الملك في هذه القسمة أوفر، وإن لم يكن رفع بينهما طريقاً وقسم الباقي، لأنه إذا لم يكن بينهما مفتح كانت/ [ب/٢٤٠/ج] القسمة بغير طريق تفويتاً للمنفعة لا تكميلاً لها فكانت إضراراً بهما، وهذا لا يجوز إلا إذا اقتسما بأنفسهما بغير طريق فيجوز لما قلنا.

ولو اختلفا في سعة الطريق وضيقه جعل الطريق على قدر عرض باب الدار وطوله على أدنى ما يكفيها، لأن الطريق وضع للاستطراق والباب هو الموضوع مدخلاً إلى أدنى ما يكفي للاستطراق فيحكم فيه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا إذا بنى رجلان في أرض رجل بإذنه وطلب أحدهما قسمة البناء وأبى الآخر وصاحب الأرض غائب لم تقسم. لأن الأرض المبني عليها بينهما شائع بالإعارة أو بالإجارة فلو قسم البناء بينهما لكان لكل واحد منهما سبيل في بعض نصيب صاحبه وفيه ضرر فلا يجبر على القسم، ولو اقتسما بالتراضي جازت، وكذا لو هدمها وكانت الآلة بينهما.

وعلى هذا زرع بين رجلين في أرض مملكة لهما طلب أحدهما قسمة الزرع دون الأرض، فإن كان الزرع قد بلغ وسنبل لا يقسم لما ذكرنا من قبل. ولو طلبا جميعاً لا يقسم أيضاً لأن المانع هو الربا، وحرمة الربا لا تحتمل الارتفاع بالرضا.

وإن كان الزرع بقلاً فطلب أحدهما لا يقسم أيضاً لأن الأرض مملوكة لهما على الشركة فلو قسم لكان كل واحد منهما بسبيل من القطع وفيه ضرر ولا جبر على الضرر.

ولو اقتسما بأنفسهما وشرطا القطع جازت لأنهما رضيا بالضرر، ولو شرطا الترك لم يجز لأن رقبة الأرض مشتركة بينهما فكان شرط الترك منهما في القسمة شرطاً لانتفاع كل واحد منهما بملك شريكه. ومثل هذا الشرط مفسد للبيع فكان فسداً للقسمة لأن فيها معنى البيع. وكذلك لو لم تكن الأرض مملوكة لهما وكانت في أيديهما بالإعارة أو بالإجارة والزرع بقل لا تقسم لما ذكرنا، ولو اقتسما بأنفسهما جازت بشرط القطع ولا تجوز بشرط الترك كالبيع على ما ذكرنا.

وكذلك طلع بين رجلين طلب أحدهما قسمة الطلع دون النخل والأرض لم يقسم لما ذكرنا في الزرع، ولو اقتسما بالتراضي فإن شرطا القطع جاز، وإن شرطا الترك لم يجز لما ذكرنا في الزرع. ولو تركه بعد القسمة بإذن صاحبه فأدرك وقلع فالفضل له طيب، لأنه وإن حصل في ملك مشترك لكنه حصل بإذن شريكه فلا يكون خبيثاً، وإن لم يأذن له يتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه فكان سبيله التصدق.

هذا إذا كان شيئاً في تبعيضه ضرر بكل واحد من الشريكين، فأما إذا كان شيئاً في تبعيضه ضرر بأحدهما دون الآخر، كالدار المشتركة بين رجلين ولأحدهما فيها شقص قليل، فإن طلب الكثير القسمة قسمتا إجماعاً، لأن القسمة في حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك، وفي حق صاحب القليل تقع منعاً له من الانتفاع بنصيبه، إذ لا يقدر صاحب القليل على الانتفاع بنصيبه إلا بالانتفاع بنصيب صاحب الكثير لقلة نصيبه، فكانت القسمة في حقه منعاً له من الانتفاع بنصيب شريكه فجازت. وإن طلب صاحب القليل القسمة فقد ذكر الحاكم الجليل في «**مختصره**» أنه يقسم، وذكر القدوري رحمه الله أنه لا يقسم.

وجه ما ذكره الحاكم: أنه لا ضرر في هذه القسمة في حق صاحب الكثير بل له فيه منفعة فكان في الإباء متعنتاً فلا يعتبر إباؤه، وصاحب القليل قد رضي بالضرر حيث طلب القسمة، فيجبر على القسمة، كما إذا لم يكن في تبعيضه ضرر بأحدهما أصلاً، بخلاف الفصل الأول، لأن هناك تقع القسمة إضراراً بكل واحد منهما ولم يوجد الرضا بالضرر والقاضي لا يملك الجبر على الإضرار فهو الفرق.

وجه ما ذكره القدوري رحمه الله: أن صاحب القليل متعنت في طلب القسمة لتكون القسمة ضرراً

محضاً في حقه فلا يعتبر طلبه، وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب، ولو اقتسما بأنفسهما جازت لما ذكرنا أن صاحب القليل قد رضي بالضرر بنفسه ولا ضرر فيه لصاحب الكثير أصلاً فجازت قسمتها. وعلى هذا دار بين شريكين قسمت بينهما فأصاب أحدهما موضع بغير طريق شرط له في/ [أ/٢٤١/ج] القسمة، فإن كان له فيما أصابه مفتح إلى الطريق جازت القسمة، لأنه لا مضرة له فيها إذ يمكنه الانتفاع بنصيبه بفتح طريق آخر، وإن لم يكن له فيما أصابه مفتح أصلاً، فإن ذكر الحقوق في القسمة فله حق الاختيار في نصيب صاحبه، لأن الطريق من الحقوق فصار مذكوراً بذكر الحقوق، وإن لم يذكر لم تجز القسمة لأنها قسمة إضرار في حق أحد الشريكين.

وكذلك إذا قسمت بغير مسيل شرط لأحدها ووقع المسيل في نصيب الآخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الطريق. ولو اقتسما على أن لا طريق له ولا مسيل جازت لأنه رضي بالضرر والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا الأصل تخرج قسمة الجمع أنه لا يجبر عليها في جنسين لأنها في الأجناس المختلفة تقع إضراراً في حق أحدهما فلا يجبر عليها على ما سنذكر إن شاء الله تعالى.

هذا الذي ذكرنا قسمة التفريق وأما قسمة الجمع فهي أن يجمع نصيب كل واحد من الشريكين في عين على حدة، وأنها جائزة في جنس واحد ولا تجوز في جنسين لأنها عند اتحاد الجنس تقع وسيلة إلى ما شرعت له وهو تكميل منافع الملك، وعند اختلاف الجنس تقع تفويتاً للمنفعة لا تكميلاً لها.

إذا عرفت هذا فنقول: لا خلاف في الأمثال المتساوية وهي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة من جنس واحد تقسم قسمة جمع لأنه يمكن استيفاء ما شرعت له القسمة فيها من غير ضرر لانعدام التفاوت، وكذلك تبر الذهب وتبر النحاس وتبر الحديد لما قلنا. وكذلك الثياب إذا كانت من جنس واحد كالهروية. وكذلك الإبل والبقر والغنم، لأن التفاوت عند اتحاد الجنس والمطلوب لا يتفاحش بل يقل والتفاوت القليل ملحق بالعدم أو يجبر بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه. وكذلك اللآلىء المنفردة. وكذا اليواقيت المنفرد لما قلنا، وكذا لا خلاف في أنه لا يقسم في جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعددي قسمة جمع كالحنطة والشعير والقطن والحديد والجوز واللوز والثياب البردية والمروية. وكذلك اللآلىء واليواقيت، وكذا الخيل والإبل والبقر والغنم. وكذا إذا كان من كل جنس فرد كبرذون وجمل وبقرة وشاة وثوب وقباء وجبة وقميص ووسادة وبساط، لأن هذه الأشياء لو قسمت على الجمع كان لا يخلو من أحد وجهين: إما أن تقسم باعتبار أعيانها، وأما أن تقسم باعتبار قيمتها بأن يضم إلى بعضها دراهم أو دنانير. لا سبيل إلى الأول لأن فيه ضرراً بأحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس، والقاضي لا يملك الجبر على الضرر، ولا سبيل إلى الثاني لأن ذلك قسمة في غير محلها، لأن محلها الملك المشترك ولم يوجد في الدراهم.

ولو اقتسما بأنفسهما أو تراضيا على ذلك جازت القسمة، حتى لو اقتسما ثوبين مختلفي القيمة وزاد مع الأوكس دراهم مسماة جاز. وكذا في سائر المواضع ويكون ذلك قسمة الرضا لا قسمة القضاء. وكذا الأواني سواء اختلفت أصولها أو اتحدت لأنها بالصناعة أخذت حكم جنسين حتى جاز بيع الأواني الصغار واحداً باثنين.

وأما الرقيق فلا يقسم عند أبـي حنيفة رحمه الله قسمة جمع، وعندهما يقسم. وجه قولهما: أن الرقيق على اختلاف أوصافها وقيمتها جنس واحد فاحتمل القسمة كسائر الحيوانات من الإبل والبقر والغنم وما فيها من التفاوت يمكن تعديله بالقيمة.

وجه قول أبـي حنيفة: أنه لم يوجد شرط جواز القسمة. وجواز التصرف بدون شرط جوازه محال. وبيان ذلك على نحو ما ذكرنا: أنا لو قسمناها رقاً باعتبار/ أعيانها فقد أضررنا بأحدهما لتفاحش التفاوت بين[ب/٢٤١/ج] عبد وعبد في المعاني المطلوبة من هذا الجنس فكانا في حكم جنسين مختلفين. ومن شرط جواز هذه القسمة أن لا تتضمن ضرراً بالمقسوم عليه. ولو قسمناها باعتبار القيمة لوقعت القسمة في غير محلها. لأن محلها الملك المشترك ولا شركة في القيمة، والمحلية من شرائط صحة التصرف فصح ما ذكرنا. ولو اقتسما بأنفسهما جاز لتراضيهما بالضرر، وكذا لو كان مع الرقيق غيره قسم. كذا ذكره في كتاب القسمة، لأنه إن كان لا يحتمل القسمة مقصوداً فيجعل تبعاً لما يحتملها فيقسم بطريق التبعية كالشرب والطريق أنه لا يجوز بيعهما مقصوداً ثم يدخلان في البيع تبعاً للنهر والأرض. كذا هذا.

وذكر الجصاص أن المذكور في «**الأصل**» محمول على قسمة الرضا.

وأما قسمة القضاء فلا تجوز وإن كان مع غيره، لأن غير المقسوم ليس تبعاً للمقسوم بل هو أصل بنفسه بخلاف الشرب والطريق. وكذلك الدور عند أبـي حنيفة لا تقسم قسمة جمع، حتى لو كان بين رجلين داران تقسم كل واحدة على حدتها، سواء كانتا منفصلتين أو متلاصقتين، وعندهما ينظر القاضي في ذلك إن كان الأعدل في الجمع جمع وإن كان الأعدل في التفريق فرق.

وكذا لو كان بينهما أرضان أو كرمان فهو على الاختلاف. وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع إجماعاً متصلين كانا أو منفصلين. وكذا المنزلان المتصلان، وأما المنفصلان في دار واحدة فعلى الخلاف. وجه قولهما أن الدورَ كلهاجنس واحد والتفاوت الذي بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة فيفوض إلى رأي القاضي إن رأى الأعدل في التفريق فرق وإن رأى الأعدل في الجمع جمع.

ولأبـي حنيفة رحمه الله: على نحو ما ذكرنا في الرقيق إن القسمة فيها باعتبار أعيانها، ويقع ضرر التفاوت متفاحشاً بين دار ودار لاختلاف الدور في أنفسها واختلافها باختلاف البناء والبقاع فكانا في حكم جنسين مختلفين والقسمة فيها باعتبار القيمة تقع تصرفاً في غير محله فلا يصح.

ولو اقتسما بأنفسهما أو بالقاضي بتراضيهما جاز لما مر. والله تعالى أعلم. وأما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا تجمع بالإجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس.

ومنها: الطلب في أحد نوعي القسمة وهو قسمة الجبر، حتىٰ إنه لو لم يوجد الطلب من أحد من الشركاء أصلاً لم تجز القسمة لأن القسمة من القاضي تصرف في ملك الغير، والتصرف في ملك الغير من غير إذنه محظور في الأصل إلا أنه عند طلب البعض يرتفع الحظر، لأنه إذا طلب علم أنه له في استيفاء هذه الشركة ضرراً، إذ لو كان الطلب لتكميل المنفعة لطلب صاحبه وكان عليه أن يمتنع من الإضرار ديانة، فإذا

أبى القسمة علم أنه لا يمتنع فيدفع القاضي ضرره بالقسمة، فكانت القسمة في هذه الصورة من باب دفع الضرر والقاضي نصب له.

ونظيره الشفعة فإن الشفيع يتملك الدار على المشتري بالشفعة من غير رضى دفعاً لضرره، لأنه لما طلب الشفعة علم أنه يتضرر بجواره، فالشرع دفع ضرره عنه بإثبات حق التمليك بالشفعة جبراً عليه. كذا هذا.

ومنها: الرضا في أحد نوعي القسمة، وهو رضا الشركاء فيما يقسمونه بأنفسهم إذا كانوا من أهل الرضا، أو رضا من يقوم مقامهم إذا لم يكونوا من أهل الرضا، فإن لم يوجد لا يصح، حتى لو كان في الورثة صغير لا وصي له أو كبير غائب فاقتسموا فالقسمة باطلة لما ذكرنا أن القسمة فيها معنى البيع وقسمة الرضا أشبه بالبيع، ثم لا يملكون البيع إلا بالتراضي فكذا القسمة، إلا إذا لم يكونوا من أهل الرضا، كالصبيان والمجانين فيقسم الولي أو الوصي إذا كان في القسمة منفعة لهم لأنهما يملكان البيع فيملكان القسمة.

وكذا إذا كان فيهم صغير وله ولي أو وصي يقتسمون برضا الولي أو الوصي. فإن لم يكن نصب القاضي عن الصغير وصياً واقتسموا برضاه، فإن أبى ترافعوا إلى القاضي حتى يقسم بينهم.

ومنها: حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم في نوعي القسمة، حتى لو كان فيهم كبير غائب لا تجوز القسمة أصلاً ولا يقسم القاضي أيضاً إذا لم يكن عنه خصم حاضر، ولكنه لو قسم لا تنقض قسمته لأنه صادف محل الاجتهاد/ [٢٤٢/أ/ج] فلا ينقض. ومنها البينة في قسمة القضاء في الإقرار بميراث الإقرار عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما ليست بشرط. ويقسم بإقرارهم فنقول:

جملة الكلام في بيان هذين الشرطين: أن جماعة إذا جاؤوا إلى القاضي وهم عقلاء بالغون أصحاء في أيديهم مال فأقروا أنه ملكهم وطلبوا القسمة من القاضي فهذا لا يخلو في الأصل من أحد وجهين، إما أن يقروا بالملك مطلقاً عن ذكر سبب، وإما أن يقروا بالملك بسبب ادعوا انتقال الملك به من أحد، وكل وجه على وجهين. إما أن يكون المال الذي في أيديهم منقولاً وإما أن يكون عقاراً، فإن أقروا بالملك مطلقاً عن سبب الانتقال قسم بإقرارهم ويذكر في الإشهاد في كتاب الصك أني قسمت بإقرارهم ولم أقض فيه على أحد ولا يطلب منهم البينة على أصل الملك، منقولاً كان المال أو عقاراً إذا لم يكن فيهم كبير غائب، لأنه وجد دليل الملك وهو اليد، والإقرار من غير منازع ولا دعوى انتقال الملك من أحد إليه، فإن كان فيهم كبير غائب لم يقسم لما ذكرنا إن حضرة الشركاء أو من يقوم مقامهم شرط ولم يوجد، لأن الخصوم في هذا الموضع لا يصلحون خصماً عن الغائب.

وإن أقروا بالملك بسبب الميراث بأن قالوا هو بيننا ميراث عن فلان، فإن كان المال منقولاً قسم بينهم بإقرارهم بالإجماع ولا تطلب منهم البينة، وإن كان فيهم كبير غائب بعد أن كان الحاضران اثنين كبيرين، أو أحدهما صغير قد نصب عنه وصي، وإن كان المال عقاراً فلا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موت فلان وعلى عدد الورثة، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم بينهم بإقرارهم ويشهد على ذلك في الصك.

وجه قولهما: أن محل قسمة الملك المشترك وقد وجد لوجود دليل الملك وهو اليد والإقرار بالإرث

من غير منازع فصادفت القسمة محلها فيقسم ويكتب أنه قسم بإقرارهم كما في المنقول، ولأن البينة إنما تقام على منكر والكل مقرون فعلى من تقام البينة؟

وجه قول أبـي حنيفة: أن هذه قسمة صادفت حق الميت بالإبطال فلا تصح إلا ببينة كدعوى الاستحقاق على الميت.

وبيان ذلك: أن الدار قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، بدليل أن الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه، حتى لو كانت التركة شجرة فأثمرت كان الثمر له حتى تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه فكانت القسمة تصرفاً على ملكه بالإبطال فلا يجوز إلا ببينة، بخلاف المنقول، لأن القسمة ليس قطعاً لحق الميت بل هي حفظ حق الميت، لأن المنقول محتاج إلى الحفظ، والقسمة نوع حفظ له. وأما العقار فمستغن عن الحفظ فبقيت قسمته قطعاً لحقه فلا يملك إلا ببينة.

وأما قولهما: لا منكر ههنا فعلى من تقام البينة؟ قلنا: تقام على بعض الورثة من البعض وإن كانوا مقرين، وذلك جائز كالأب أو الوصي إذا أقرا على الصغير لا يصح إقراره إلا بالبينة ولا منكر ههنا. كذا هذا.

هذا إذا أقروا بالملك بسبب الإرث فإن أقروا به بسبب الشراء من فلان الغائب، فإن كان المال منقولاً قسم بينهم بإقرارهم بلا خلاف، وإن كان عقاراً ذكر في ظاهر الرواية أنه يقسم بإقرارهم ولاتطلب منهم البينة على الشراء من فلان، وفرق بين الشراء وبين الميراث.

وروي عن أبـي حنيفة رضي الله عنه: أنه لا يقسم إلا بالبينة كالميراث.

وجه هذه الرواية: أنهم لما أقروا أنهم ملكوه بالشراء من فلان فقد أقروا بالملك له وادعوا الانتقال إليهم من جهته فإقرارهم مسلم ودعواهم ممنوعة ومحتاجة إلى الدليل وهو البينة.

وجه ظاهر الرواية: وهو الفرق بين الشراء وبين الميراث: أن امتناع القسمة في المواريث بنفس الإقرار لما يتضمن من إبطال حق الميت، وذلك منعدم في باب البيع إذ لا حق باق للبائع في المبيع بعد البيع والتسليم فصادفت محلها فصحت. هذا إذا لم يكن في الورثة كبير غائب أو صغير حاضر، فإن كان فأقروا بالميراث فلا يشكل عند أبـي حنيفة/ رضي الله عنه أنه لا يقسم بإقرارهم لأنه لا يقسم بين الكبار الحضور[ب/٢٤٢/ج] فكيف يقسم ههنا؟ وأما عندهما فينظر إن كانت الدار في يد الكبار الحضور يقسم بينهم لما بينا ويضع حصة الغائب على يد عدل يحفظه، لأن بعض الورثة خصم من البعض وينصب عن الصغير وصياً وإن كانت الدار في يد الغائب الكبير أو في يد الحاضر الصغير أو في أيديهما منها شيء لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالإجماع، لا إذا كان في يده من الدار شيء فالحاجة إلى استحقاق ذلك من يده فلا يصح إلا ببينة. هذا إذا لم تقم البينة على ميراث العقار، فأما إذا قامت البينة عليه وطلبوا القسمة فإنه ينظر إن كان الحاضر اثنين فصاعداً والغائب واحداً أو أكثر وفيهم صغير حاضر فإنه يقسم ويعزل نصيب كل كبير وصغير فيوكل وكيلاً بحفظه، بخلاف الملك المطلق إذا حضر شريكان وشريك غائب أنه لا يقسم.

ووجه الفرق؛ ما ذكرنا: أن قسمة العقار تصرف على الميت وقضاء عليه بقطع حقه عن التركة، وكل

واحد من الورثة قائم مقام الميت فيما له وعليه، ولهذا يرد كل واحد منهم بالعيب ويرد عليه، فإذا كان الحاضر اثنين فصاعداً أمكن أن يجعل أحدهما خصماً عن الميت في القضاء عليه والآخر مقضياً له فتصح القسمة. وإن كان الحاضر واحداً والباقون غيباً لم يقسم لأنه لا يمكن أن يجعل هو خصماً عن الميت حتى تسمع البينة عليه لاستحالة كون الشخص الواحد في زمان واحد بجهة واحدة مقضياً له وعليه.

وإن كان مع الحاضر وارث صغير نصب القاضي عنه وصياً وقسم، لأن القسمة ههنا ممكنة لوجود متقاسمين حاضرين. وإذا قسم المنقول بين الورثة بإقرارهم أو العقار بالبينة عند أبي حنيفة رحمه الله وفيهم كبير غائب فعزل نصيبه ووضعه على يدي عدل ثم حضر الغائب. فإن أقر كما أقروا أولئك فقد مضى الأمر، وإن أنكر ترد القسمة في المنقول بالإجماع.

وكذلك في العقار عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة عليه الرحمة في العقار لا ترد القسمة، لأن القسمة المبنية على البينة قد تقدمت على الغائب فلا يعتبر إنكاره.

ولو كانت الدار ميراثاً وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب فطلب الموصىٰ له بالثلث القسمة بعدما أقام البينة على الميراث والثلث قسم، لأن الموصىٰ له بمنزلة واحدة من الورثة فإذا كان معه وارث حاضر فكأنه حضر اثنان من الورثة، ولو كان كذلك قسم وإن كان الباقون غيباً. كذا هذا. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: أن يكون المقسوم عليه مالكاً للمقسوم وقت القسمة، وهو أن يكون له فيه ملك. فإن لم يكن لم تجز القسمة لما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المقسوم فواحد وهو أن يكون المقسوم مملوكاً للمقسوم له وقت القسمة، فإن لم يكن لا تجوز القسمة، لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء ومبادلة البعض، وكل ذلك لا يصح إلا في المملوك. وعلى هذا إذا استحقت العين المقسومة تبطل القسمة في الظاهر، وفي الحقيقة تبين أنها لم تصح، ولو استحق شيء منها تبطل في القدر المستحق، ثم قد تستأنف القسمة وقد لا تستأنف، ويثبت الخيار وقد لا يثبت.

وبيان هذه الجملة: أنه إذا ورد الاستحقاق على المقسوم لا يخلو الأمر فيه من أحد وجهين: إما إن ورد على كله، وإما إن ورد على جزء، فإن ورد على كل المقسوم تبطل القسمة، وفي الحقيقة لم تصح من الأصل لانعدام شرط الصحة. وهو الملك المشترك فتستأنف القسمة. وإن ورد على جزء من المقسوم لا يخلو من أحد وجهين أيضاً: إما إن ورد على جزء شائع منه، وإما إن ورد على جزء معين من أحد النصيبين، فإن ورد على جزء شائع لا يخلو من أحد وجهين أيضاً: إما إن ورد على جزء شائع من النصيبين جميعاً، وإما إن ورد على جزء شائع من أحد النصيبين دون الآخر، فإن ورد على جزء شائع من النصيبين جميعاً كالدار/ [١/٢٤٣/ج] المشتركة بين رجلين نصفين اقتسماها فأخذ أحدهما ثلثاً من مقدمها وأخذ الآخر ثلثين من مؤخرها وقيمتهما سواء، بأن كانت قيمة كل واحد منهما ستمائة درهم مثلاً فاستحق نصف الدار فاستأنف القسمة بالإجماع لأنه بالاستحقاق تبين أن نصف الدار شائعاً ملك المستحق فتبين أن القسمة لم تصح في النصف الشائع، وذلك

غير معلوم فبطلت القسمة أصلاً، وإن استحق نصف نصيب صاحب المقدم شائعاً تستأنف القسمة أيضاً عند أبي يوسف لأنه ظهر أن المستحق شريكهما في الدار، فظهر أن قسمتهما لم تصح دونه فتستأنف القسمة كما إذا ورد الاستحقاق على نصف الدار شائعاً، وعند أبي حنيفة ومحمد عليهم الرحمة له الخيار إن شاء أمسك ما في بيده ورجع بباقي حصته، وهو مثل ما استحق في نصيب الآخر، وإن شاء فسخ القسمة لأن بالاستحقاق ظهر أن القسمة لم تصح في القدر المستحق لا فيما وراءه لأن المانع من الصحة انعدام الملك وذلك في القدر المستحق لا فيما وراءه، وليس من ضرورة انعدام الصحة في القدر المستحق انعدامها في الباقي، لأن معنى القسمة وهو الإفراز والمبادلة لم ينعدم باستحقاق هذا القدر في الباقي فلا تبطل القسمة في الباقي بخلاف ما إذا استحق نصف الدار شائعاً، لأن هناك وإن ورد الاستحقاق على النصف فأوجب بطلان القسمة فيه مقصوداً لكن من ضرورته بطلان القسمة في الباقي لانعدام معنى القسمة في الباقي أصلاً، وههنا لم ينعدم فلا تبطل لكن يثبت الخيار إن شاء رجع بباقي حصته في نصيب شريكه، وذلك مثل نصف المستحق، لأن القدر المستحق من النصيبين جميعاً فيرجع عليه بذلك وهو ربع نصيبه إن شاء، وإن شاء فسخ القسمة لاختلاف معناها ولدخول عيب الشركة، إذ الشركة في الأعيان المجتمعة عيب والعيب يثبت الخيار.

وذكر الطحاوي رحمه الله الخلاف في المسألة بين أبي حنيفة وصاحبيه. ولو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فإنه يرجع على صاحبه بربع ما في يده عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يغرم نصف قيمة ما باع لشريكه ويضمه إلى ما في يد شريكه ويقتسمان نصفين.

وجه قول أبي يوسف: ما بينا أن بالاستحقاق ظهر أن القسمة لم تصح أصلاً وأن البيع كان فاسداً فيضمن نصف قيمة ما باع شريكه ثم يقتسمان الباقي نصفين.

وجه قولهما: ما ذكرنا في المسألة المقدمة إلا أن ههنا لا يثبت خيار الفسخ لمانع وهو البيع فيرجع على صاحبه بربع ما في يده. ولو استحق نصف معين من أحد النصيبين لا تبطل القسمة بالإجماع لما ذكرنا في المسائل المتقدمة. بل أولى لأن الاستحقاق ههنا ورد على جزء معين فلا يظهر أن المستحق كان شريكاً لهما فلا تبطل القسمة لكن يثبت الخيار، والمستحق عليه إن شاء نقض القسمة لأن الاستحقاق أوجب انتقاض المعقود عليه، والانتقاض في الأعيان المجتمعة عيب فيثبت الخيار، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لمابينا أن القدر المستحق من النصيبين جميعاً. ولو استحق كل ما في يده لرجع عليه بالنصف فإذا استحق النصف يرجع بالربع والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا مائة شاة بين رجلين اقتسماها فأخذ أحدهما أربعين تساوي خمسمائة درهم وأخذ الآخر ستين تساوي خمسمائة درهم فاستحقت شاة من الأربعين تساوي عشرة دراهم لم تبطل القسمة بالإجماع لأنه تبين أن القسمة صادفت المملوك فيما وراء القدر المستحق، والمستحق معين فلا تظهر الشركة هنا أصلاً فلا تبطل القسمة ولكن يرجع على شريكه بحقه وهو خمسة دراهم، لأن المستحق من النصيبين جميعاً عشرة دراهم والله سبحانه وتعالى أعلم.

كر حنطة بين رجلين نصفان عشرة منه طعام جيد وثلاثون رديء فاقتسماه فأخذ أحدهما عشرة أقفزة

[ب/٢٤٣/ج] جيدة وثوباً وأخذ الآخر ثلاثين ردیئاً حتى جازت القسمة فاستحق/ من الثلاثين عشرة أقفزة يرجع على صاحبه بنصف الثوب استحساناً، والقياس ما ذكره في الزيادات أنه يرجع عليه بثلث الثوب وثلث الطعام الجيد.

ووجهه: أن الاستحقاق ورد على عشرة شائعة في الثلاثين فكان المستحق في الحقيقة من كل عشرة ثلثها، وذلك يوجب الرجوع بثلث الطعام الجيد.

وجه الاستحسان: أن طريق جواز هذه القسمة أن تكون العشرة بمقابلة العشرة والعشرون بمقابلة الثوب. فإذا استحق منه عشرة وإنه بمقابلة نصف الثوب فيرجع عليه بنصف الثوب.

وقوله: للمستحق عشرة شائعة في الثلاثين لا العشرة المعينة وهي التي من حصة الثوب. فنعم هذا هو الحقيقة، إلا أنا لو عملنا بهذه الحقيقة لاحتجنا إلى نقض القسمة وإعادتها. ولو صرفنا الاستحقاق إلى عشرة هي من حصة الثوب لم نحتج إلى ذلك. وتصرف العاقل تجب صيانته عن النقض والإبطال ما أمكن وذلك فيما قلناه. وعلى هذا أرض بين رجلين نصفين قسمت ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرساً فنقض البناء وقلع الغرس لم يرجع المستحق عليه على صاحبه بشيء من قيمة البناء والغرس.

والأصل فيه: أن كل قسمة وقعت بإجبار القاضي أو باختيار الشريكين على الوجه الذي يجبرهما القاضي لو ترافعا إليه، ثم استحق أحد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء أو غرس غرساً فنقض وقلع لا يرجع بشيء من ذلك على صاحبه لأن صاحبه مجبور على القسمة من جهة القاضي فيكون مضافاً إلى القاضي، أما إذا وقعت القسمة بإجبار القاضي فلا شك فيه. وكذا إذا اقتسما بأنفسهما لأن ذلك قسمة جبر من حيث المعنى لدخولها تحت جبر القاضي عند المرافعة إليه وإذا كان مجبوراً عليه فلم يوجد منه ضمان السلام فلا يؤاخذ بضمان الاستحقاق إذ هو ضمان السلامة.

ونظير هذا الشفيع إذا أخذ العقار من المشتري بالشفعة وبنى فيه أو غرس ثم استحق وقلع البناء لا يرجع بقيمة البناء على المشتري لأنه ما ملكه باختياره بل أخذ منه جبراً. وكذلك قال محمد في الجارية المأسورة إذا اشتراها رجل من أهل الحرب ثم أخذها المالك القديم فاستولدها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الذي أخذها من يده، لأنه لم يأخذها منه باختياره، بل كرهاً وجبراً. وكذلك الأب إذا وطىء جارية ابنه فأعلقها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة الولد على الابن لأنه تملكها من غير اختيار الابن.

وقال أبو يوسف: إذا غصب جارية فأبقت من يده فأدى ضمانها ثم عادت الجارية فاستولدها الغاصب ثم استحقت له أن يرجع بقيمة الولد على المولى لأنه كان مختاراً في أخذ القيمة من الغاصب فكان ضامناً السلامة فيرجع عليه بحكم الضمان.

وعلى هذا داران أو أرضان بين رجلين اقتسما فأخذ كل واحد منهما إحداهما وبنى فيها ثم استحقت رجع بنصف قيمة البناء عند أبي حنيفة، لأن القاضي لا يجبر على قسمة الجمع في الدور العقارات عنده، فإذا اقتسما بأنفسهما كانت القسمة منهما مبادلة فأشبهت البيع فكان كل واحد منهما ضامناً سلامة النصف لصاحبه، فإذا لم يسلم يرجع عليه بحكم الضمان كما في البيع، وأما عندهما فقد اختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: لا يرجع لأن القاضي يجبر على هذه القسمة عندهما فأشبه استحقاق النصف من دار واحدة. وقال

بعضهم: يرجع، وعليه اعتمد القدوري عليه الرحمة وهو الصحيح، لأن القاضي إنما يجبر على قسمة الجمع ههنا عندهما إذا رأى الجمع أعدل، ولا يعرف ذلك من رأي القاضي إذا فعلا بأنفسهما.

ولو كانتا جاريتين فأخذ كل واحد منهما جارية فاستولدها ثم استحقت رجع على شريكه بالنصف عند أبي حنيفة، لأن القاضي لا يجبر على قسمة الرقيق عنده فإذا اقتسما بتراضيهما أشبه البيع على ما ذكرنا. وأما/ عندهما فينبغي أن لا يرجع. كذا ذكره القدوري عليه الرحمة، وفرق بين الرقيق وبين الدور. وبينهما [١/٢٤٤/ج] فرق لأن القاضي هناك لا يجبر على الجمع عيناً ولكنه يراعي الأعدل في ذلك من التفريق والجمع، وههنا يجبر على الجمع لتعذر التفريق فلم يوجد ضمان السلام من صاحبه فلا يرجع عليه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا الأصل إذا اقتسم قوم داراً وفيها كنيف شارع على الطريق أو ظلة فإن كان على طريق العامة لا يحسب ذرع الكنيف والظل من ذرع الدار، لأن رقبة الأرض ليست بمملوكة لأحد بل هي حق العامة، وإن كان على طريق غير نافذ يحسب ذلك من ذرع الدار لأن له في السكة مسلكاً فأشبه علو البيت والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما صفات القسمة فأنواع.

منها: أن تكون عادلة غير جائرة. وهي: أن تقع تعديلاً للأنصباء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء ومبادلة البعض، ومبنى المبادلات على المراضاة فإذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي، ولا إفراز نصيبه بكماله لبقاء الشركة في البعض فلم تجز وتعاد.

وعلى هذا إذا ظهر الغلط في القسمة المبادلة بالبينة أو بالإقرار تستأنف لأنه ظهر أنه لم يستوف حقه فظهر أن معنى القسمة لم يتحقق بكماله، ولو ادعى أحد الشريكين الغلط في القسمة فهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما إن كان المدعي أقر باستيفاء حقه وإما إن كان لم يقر بذلك، فإن كان قد أقر باستيفاء حقه لا يسمع منه دعوى الغلط لكونه مناقضاً في دعواه، لأن الإقرار باستيفاء الحق إقرار بوصول حقه إليه بكماله ودعوى الغلط إخبار أنه لم يصل إليه حقه بكماله فيتناقض، وإن كان لم يقر باستيفاء حقه لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى لأن القسمة قد صحت من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها إلا بحجة. فإن أقام البينة أعيدت القسمة لما قلنا، وإن لم تقم له بينة وأنكر شريكه فأراد استحلافه حلفه على ما ادعى من الغلط، لأنه يدعي عليه حقاً هو جائز الوجود والعدم وهو ينكر فيحلف.

وبيان ذلك: دار بين رجلين اقتسما واستوفى كل واحد منهما حقه ثم ادعى أحدهما غلطاً في القسمة لا تعاد القسمة ولكن يسأل البينة على الغلط فإن أقام البينة وإلا فيحلف شريكه إن شاء لما قلنا، فإن حلف أحد الشريكين ونكل الآخر فإن كان الشركاء ثلاثة يجمع بين نصيب المدعي وبين نصيب الناكل فيقسم بينهما على قدر نصيبيهما، لأن نكوله دليل كون المدعي صادقاً في دعواه في حقه فكان حجة في حقه لا في حق الشريك الحالف فلم تصح القسمة في حقهما فتعاد في قدر نصيبهما.

وكذلك لو ادعى الغلط بعد القسمة والقبض في المكيلات والموزونات والمذروعات، ولو كان بين

رجلين داران اقتسماها فأخذ كل واحد منهما داراً ثم ادعى أحدهما الغلط في القسمة وأقام البينة على ذلك فالقسمة باطلة عند أبي حنيفة عليه الرحمة، وعندهما لا تبطل ولكن يقضي للمدعي بذلك الذرع من الدار الأخرى، وبنوا هذه المسألة على بيع ذراع من دار أنه لا يجوز عنده وعندهما جائز.

ووجه البناء: أن قسمة الجمع في الدور بالتراضي جائزة بلا خلاف، ومعنى المبادلة وإن كان لازماً في نوعي القسمة لكن هذا النوع بالمبادلات أشبه. وإذا تحققت المبادلة صح البناء والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو اقتسما داراً بينهما فأخذ كل واحد منهما طائفة ثم ادعى أحدهما بيتاً في يد صاحبه أنه وقع في قسمته وأقام بينة سمعت بينته، وإن أقاما جميعاً البينة أخذت بينة المدعي لأنه خارج، وإن كان قبل الإشهاد والقبض تحالفا وترادا. وكذا لو اختلفا في الحدود فادعى كل واحد منهما حداً في يد صاحبه أنه أصابه وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بالحد الذي في يد صاحبه، لأن كل واحد منهما عما في يد صاحبه خارج.

[ب/٢٤٤/ج] وإن قامت/ لأحدهما بينة يقضي ببينته، وإن لم تقم لهما بينة تحالفا. وهل ينفسخ العقد بنفس التحالف أم يحتاج فيه إلى فسخ القاضي؟ اختلف المشايخ فيه على ما عرف في البيوع.

ولن اقتسم رجلان أقرحة فأخذ أحدهما قراحين والآخر أربعة ثم ادعى صاحب القراحين أن أحد الأقرحة الأربعة أصابه في قسمته وأقام البينة قضي له به لما قلنا. وكذلك هذا في أثواب اقتسماها فأخذ كل واحد بعضها ثم ادعى أحدهما أن أحد الأثواب الذي في يد صاحبه أصابه في قسمته وأقام البينة قضي له به.

ولو ادعى كل واحد منهما على صاحبه ثوباً مما في يده أنه أصابه في قسمته وأقام البينة قضى لكل واحد منهما بما في يد الآخر، لأن كل واحد منهما عما في يد صاحبه خارج. ولو اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمسة وخمسين وأصاب الآخر خمسة وأربعين ثم ادعى صاحب الأوكس الغلط في القسمة أو الخطأ في التقويم لم تقبل منه إلا ببينة.

ولو قال: أخطأنا في العدد وأصاب كل واحد منا خمسين وهذه الخمسة في قسمته وأنكر الآخر تحالفا، وإن أقام كل واحد منهما البينة ردت القسمة. ولو قال، أحدهما لصاحبه: أخذت أنت إحدى وخمسين غلطاً وأخذت أنا تسعة وأربعين، وقال الآخر: ما أخذت إلا خمسين فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر لاستيفاء الزيادة على حقه والله تعالى أعلم.

وعلى هذا الأصل تخرج قسمة عرصة الدار بالذراع أنه يحسب في القسمة كل ذراعين من العلو بذراع من السفل عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف يحسب ذراع من السفل بذراع من العلو. وعند محمد يحسب على القيمة دون الذرع. زعم كل واحد منهم أن التعديل فيما يقوله، والخلاف في هذه المسألة بين أبي حنيفة وبين أبي يوسف مبني على الخلاف في مسألة أخرى، وهي أن صاحب العلو ليس له أن يبني على العلو من غير رضا صاحب السفل وإن لم يضر بصاحب السفل من حيث الظاهر عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف له أن يبني إن لم يضر البناء به ووجه البناء أن صاحب العلو إذا لم يملك البناء على علوه عند أبي حنيفة رحمه الله كان للعلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى فحسب وللسفل منفعتان: منفعة السكنى ومنفعة البناء عليه. وكذا السفل كما يصلح للسكنى يصلح لجعل الدواب فيه، فأما العلو فلا يصلح إلا

للسكنى خاصة فكان للسفل منفعتان وللعلو منفعة واحدة فكانت القسمة عنده على الثلث والثلثين، وعند أبي يوسف لما ملك صاحب العلو أن يبني على علوه كانت له منفعتان أيضاً فاستوى العلو والسفل في المنفعة فوجب التعديل بالسوية بينهما في الذرع.

وأما محمد فإنما اعتبر القيمة لأن أحوال البلاد وأهلها في ذلك مختلفة، فمنهم من يختار السفل على العلو ومنهم من يختار العلو على السفل، فكان التعديل في اعتبار القيمة، والعمل في المسألة على قول محمد رحمه الله، وهو اختيار الطحاوي رحمه الله.

ويحتمل أن أبا حنيفة إنما فضل السفل على العلو بناءً على عادة أهل «الكوفة» من اختيارهم السفل على العلو، وأبو يوسف إنما سوى بينهما على عادة أهل «بغداد» لاستواء العلو والسفل عندهم، فأخرج كل واحد منهما الفتوى على عادة أهل زمانه. ومحمد بنى الفتوى على المعلوم من اختلاف العادات باختلاف البلدان فكان الخلاف بينهم من حيث الصورة لا من حيث المعنى، والله أعلم.

وبيان ذلك في سفل بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما أراد قسمتهما، يقسم البناء على القيمة بلا خلاف. وأما العرصة فتقسم بالذرع عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بالقيمة. ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع، فعند أبي حنيفة ذراع بذراعين على الثلث والثلثين. وعند أبي يوسف ذراع بذراع.

ولو كان بينهما بيت تام علو وسفل وعلو من بيت آخر/ ، فعند أبي حنيفة يحسب في القسمة كل ذراع [أ/٢٤٥/ج] من العلو والسفل بثلاثة أذرع من العلو أرباعاً عنده لما ذكرنا من الأصل فكانت القسمة أرباعاً. وعند أبي يوسف ذراع من السفل والعلو بذراعين من العلو لاستواء السفل والعلو عنده فكانت القسمة أثلاثاً. ولو كان بينهما بيت تام سفل وعلو وسفل آخر، فعند أبي حنيفة يحسب في القسمة كل ذراع من السفل والعلو بذراع ونصف من السفل وذراع من سفل البيت بذراع من السفل الآخر، وذراع من علوه بنصف ذراع من السفل الآخر. وعند أبي يوسف ذراع من التام بذراعين من السفل. والله تعالى أعلم.

وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا اقتسما داراً وفضلا بعضها على بعض بالدراهم أو الدنانير لفضل قيمة البناء والموضع أن القسمة جائزة لأنها وقعت عادلة من حيث المعنى لأن الدار قد يفضل بعضها على بعض بالبناء والموضع فكان ذلك تفضيلاً من حيث الصورة تعديلاً من حيث المعنى، ولو لم يسميا قيمة فضل البناء وقت القسمة جازت القسمة استحساناً وتجب قيمة فضل البناء وإن لم يسمياها في القسمة.

والقياس: أن لا تجوز القسمة لأن هذه قسمة بعض الدار دون بعض، لأن العرصة مع البناء بمنزلة شيء واحد، وقسمة البناء بالقيمة، فإذا وجدت القسمة مجهولة فوقعت القسمة للعرصة دون البناء بقيت وإنها غير جائزة.

وجه الاستحسان: أن قسمة العرصة قد صحت بوقوعها في محلها وهو الملك ولا صحة لها إلا بقسمة البناء وذلك بالقيمة فتجب على صاحب الفضل قيمة فضل البناء، وإن لم يسم ضرورة صحة القسمة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وعلى هذا الأصل تخرج أيضاً قسمة الجمع في الأجناس المختلفة إنها غير جائزة جبراً بالإجماع لتعذر تعديل الأنصباء إلا بالقيمة وإنها ليست محل القسمة على ما مر، ولا يجوز في الرقيق والدور عند أبي حنيفة رحمه الله لأنها في حكم الأجناس المختلفة، ولا تقع القسمة فيها عادلة أو جائزة، ولا تقسم الأولاد في بطون الغنم لتعذر التعديل.

وعلى هذا يخرج رد المقسوم بالعيب في نوعي القسمة، لأنه إذا ظهر به عيب فقد ظهر أنها وقعت جائزة لا عادلة، فكان له حق الرد بالعيب كما في البيع، ولو امتنع الرد بالعيب لوجود المانع منه يرجع بالنقصان كما في البيع إلا أن في البيع يرجع بتمام النقصان وفي القسمة يرجع بالنصف لأن النقصان في القسمة يرجع بالنصيبين جميعاً فيرجع بنصف النقصان من نصيب شريكه.

وأما الرد بخيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة الرضا لأن القسمة فيها معنى المبادلة، وهذا النوع أشبه بالمبادلات لوجود المراضاة من الجانبين فيثبت فيه خيار الرؤية كما في البيع ولا يثبت في قسمة القضاء لا لخلوها عن المبادلة بل لعدم الفائدة. لأنه لو ردها بخيار الرؤية والشرط لأجبره القاضي ثانياً فلا يفيد والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولا تجب الشفعة في القسمة لأن حق الشفعة يتبع المبادلة المحضة لثبوتها على مخالفة القياس. والقسمة مبادلة من وجه فلا تحتمل الشفعة. ولأنها لو وجبت لا يخلو إما أن تجب للشريك أو للجار، لا سبيل إلى الأول لأن الشفعة تجب لغير البائع والمشتري، ولا سبيل إلى الثاني لأن الشريك أولى من الجار. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: الوجوب عند الطلب حتى يجبر على القسمة فيما ينتفع كل واحد من الشريكين بقسمته، وكذا فيما ينتفع بها أحدهما ويستضر الآخر عند طلب المنتفع بالإجماع، وعند طلب المستضر اختلاف روايتي الحاكم والقدوري رحمهما الله. وقد ذكرناه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: اللزوم بعد تمامها في النوعين جميعاً حتى لا يحتمل الرجوع عنها إذا تمت. وأما قبل التمام فكذلك في أحد نوعي القسمة وهو قسمة القضاء دون النوع الآخر وهو قسمة الشركاء.

بيان ذلك: أن الدار إذا كانت مشتركة بين قوم فقسمها القاضي أو الشركاء بالتراضي فخرجت السهام كلها بالقرعة لا يجوز لهم الرجوع. وكذا إذا خرج/ الكل إلا سهم واحد، لأن ذلك خروج السهام كلها لكون [ب/٢٤٥/ج] ذلك السهم متعيناً بمن بقي من الشركاء، وإن خرج بعض السهام دون البعض فكذلك في قسمة القضاء لأنه لو رجع أحدهم لأجبره القاضي على القسمة ثانياً فلا يفيد رجوعه. وأما في قسمة التراضي فيجوز الرجوع، لأن قسمة التراضي لا تتم إلا بعد خروج السهام كلها، وكل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد قبل تمامه كما في البيع ونحوه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان حكم القسمة فنقول وبالله التوفيق: حكم القسمة ثبوت اختصاص بالمقسوم عيناً تصرفاً فيه فيملك المقسوم له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك، حتى لو وقع في نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها ووقع البناء في نصيب الآخر فلصاحب الساحة أن يبني في ساحته وله أن يرفع

بناءه، وليس لصاحب البناء أن يمنعه وإن كان يفسد عليه الريح والشمس لأنه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه.

وكذا له أن يبني في ساحته مخرجاً أو تنوراً أو حماماً أو رحى لما قلنا. وكذا له أن يقعد في بنائه حداداً أو قصاراً وإن كان يتأذى به جاره لما قلنا. وله أن يفتح باباً أو كوة لما ذكرنا. ألا ترى أن له أن يرفع الجدار أصلاً ففتح الباب والكوة أولى، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو كرباساً، وإن كان يهى بذلك حائط جاره، ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل ولو سقط الحائط من ذلك لا يضمن لأنه لا صنع منه في ملك الغير، والأصل أن لا يمنع الإنسان من التصرف في ملك نفسه، إلا أن الكف عما يؤذي الجار أحسن. قال الله تبارك وتعالى: ﴿اعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾[1] إلى قوله تعالى: ﴿وَالْجَارِ الْجُنُبِ﴾ خصه سبحانه وتعالى بالأمر بالإحسان إليه، فلئن لا يحسن إليه فلا أقل من أن يكف عنه أذاه.

وعلى هذا دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فأرادا أن يقتسماها ليس لصاحب الطريق منعهما عن القسمة، لأنهما بالقسمة متصرفان في ملك أنفسهما فلا يمنعان عنه فيقتسمان ما وراء الطريق ويتركان الطريق على حاله على سعة عرض باب الدار لما ذكرنا من قبل.

ولو باعوا الدار والطريق فإن كانت رقبة الطريق مشتركة بينهم قسموا ممر الطريق بينهم أثلاثاً، وإن كانت الرقبة لشريكي الدار ولصاحب الطريق حق المرور حكى القدوري عن الكرخي رحمهما الله أن لا شيء لصاحب الطريق من الثمن ويكون الثمن كله للشريكين.

وروى محمد أن كل واحد من الشريكين يضرب بحقه من المنفعة ويضرب صاحب الطريق بحق المرور، وطريق معرفة ذلك أن ينظر إلى قيمة العرصة بغير طريق وينظر إلى قيمتها وفيها طريق، فيكون لصاحب الطريق فضل ما بينهما ولكل واحد من الشريكين نصف قيمة المنفعة إذا كان فيها طريق.

وجه ما حكي عن الكرخي رحمه الله: أن حق المرور لا يحتمل البيع مقصوداً بل يحتمله تبعاً للرقبة ألا ترى أنه لو باعه وحده لم يجز فإذا بيع الطريق بإذنه فقد أسقط حقه أصلاً فلا يقابله ثمن وج ما روي عن محم، أن حق المرور لا يحتمل البيع مقصوداً بل يحتمله تبعاً للرقبة، وههنا ما بيع مقصوداً بل تبعاً للرقبة فيقابله الثمن، لكن ثمن الحق لا ثمن الملك على ما ذكرنا.

وكذلك دار بين رجلين فيها مسيل الماء فأرادا أن يقتسماها ليس لصاحب المسيل منعهما من القسمة لما قلنا، بل يقسم الدار ويترك المسيل على حاله كما في الطريق. وكذلك لو كان في الدار منزل لرجل وطريقه في الدار فأرادا أن يقتسما الدار لا يمنعان من القسمة ولكن يتركان طريق المنزل على حاله على سعة عرض باب الدار لا على سعة باب المنزل على ما ذكرنا.

ولو أراد صاحب المنزل أن يفتح إلى هذا الطريق باباً آخر له ذلك لأنه متصرف في ملك نفسه. ألا ترى

---

(١) سورة النساء، الآية: (٣٦).

أن له أن يرفع الحائط كله فهذا أولى. ولو اشترى صاحب المنزل داراً من وراء المنزل وفتح بابه إلى المنزل، [٢٤٦/أ/ج] فإن كان ساكن الدار والمنزل واحداً فله أن يمر من الدار/ إلى المنزل ومن المنزل إلى الطريق الذي في الدار الأولى لأن له حق المرور في هذا الطريق. وإن كان ساكن الدار غير ساكن المنزل فليس لساكن الدار أن يمر في الطريق الذي في الدار الأولى لأنه لا حق له في هذا الطريق فيمنع من المرور فيه.

دار بين رجلين في سكة غير نافذة اقتسماها وأخذ كل واحد منهما طائفة منها فأراد كل واحد منهما أن يفتح باباً أو كوة إلى السكة له ذلك ولا يسع لأهل السكة منعهما، لأن كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه فيملكه. ألا ترى أن له رفع الحائط أصلاً فالباب والكوة أولى.

وعلى هذا حائط بين قسيمين ولأحد القسيمين عليه جذوع الحائط الآخر فإن شرطوا قطع الجذوع في القسمة قطعت، لقول النبي عليه الصلاة والسلام: «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوْطِهِمْ**»[١] وإن لم يشترطوا ترك على حالها، لأن الترك وإن كان ضرراً لكنهم لما لم يشترطوا القطع في القسمة فقد التزم الضرر. وكذلك لو كان وقع على هذا الحائط درجة أو أسطوانة جمع عليها جذوع لما قلنا وكذلك روشناً وقع لصاحب العلو شرفاً على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفل أن يقلع الروشن من غير شرط القلع لما قلنا.

ولو كان لأحدهما أطراف خشب على حائط صاحبه فإن كان مما يمكن أن يجعل عليها سقف لم يكلف قلعها وإن كان لا يمكن كلف القلع، لأنه إذا أمكن أن يجعل عليها سقف أمكنه الانتفاع به فيلتحق بالحقوق فأشبه الروشن، وإذا لم يمكن تعذر إلحاقها بالحقوق فبقي شاغلاً هو لصاحبه بغير حق فيكلف قطعها. ولو كان لأحدهما شجرة أغصانها مظلة على نصيب الآخر فهل تقطع؟ ذكر ابن سماعة رحمه الله أنه لا تقطع لأن في القطع ضرراً لصاحبها. وذكر ابن رستم رحمه الله أنه تقطع كما يقطع أطراف الخشب الذي لا يمكن تسقيفها.

ولو اختلف أهل طريق في الطريق وادعى كل واحد منهم أنه له فهو بينهم بالتسوية على عدد الرؤوس لا على ذرعان الدور والمنازل لأنهم استووا في اليد لاستوائهم في المرور فيه، إلا أن يقوم لأحدهم بينة فيسقط اعتبار اليد بالبينة.

دار لرجل وفيها طريق بينه وبين رجل فمات صاحب الدار فاقتسمت الورثة الدار بينهم وتركوا الطريق كان الطريق بينه وبين الرجل نصفين لا على عدد الرؤوس، حتى لو باعوا الدار يقسم الثمن بين الورثة وبينه نصفين لا على عدد الرؤوس لأن الورثة قاموا مقام المورث وقد كان الطريق بينهما نصفين فكذا بينه وبينهم. ولو لم يعرف أن الدار ميراث بينهم وجحدوا ذلك فالطريق بينهم بالسوية على عدد الرؤوس لاستوائهم في اليد على ما مر. والله تعالى أعلم.

فصل: وأما بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها فنقول وبالله التوفيق: الذي يوجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع:

---

(١) تقدم تخريجه.

منها: ظهور دين على الميت إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم.

وبيان ذلك: أن الورثة إذا اقتسموا التركة ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلو من أحد وجهين:

إما أن يكون للميت مال آخر سواه، وإما إن لم يكن، فإن لم يكن له مال سواه ولا قضاه الورثة من مال أنفسهم تنقض القسمة، سواء كان الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن لأن الدين مقدم على الإرث، قليلاً كان أو كثيراً قال الله تبارك وتعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[1]، قدم سبحانه وتعالى الدين على الوصية من غير فصل بين القليل والكثير، لأن الدين إذا كان محيطاً بالتركة تبين أنه لا ملك للورثة فيها إلا من حيث الصورة، بل هي ملك للميت يتعلق بها بحق الغرماء، وقيام ملك الغير في المحل يمنع صحة القسمة فقيام الملك والحق أولى، وإذا لم يكن محيطاً بالتركة فملك الميت وحق الغرماء وهو حق الاستيفاء ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة، فإن لم يكن للميت مال آخر سواه يجعل الدين فيه وتمضي القسمة، لأن القسمة تصان عن النقض ما أمكن، وقد أمكن صيانتها/ بجعل الدين فيه. وكذا الورثة إذا قضوا[ب/٢٤٦/ج] الدين من مال أنفسهم لا تنقض لأن حق الورثة كان متعلقاً بصورة التركة وحق الغرماء بمعناها وهو المالية، فإذا قضوا الدين من مال أنفسهم فقد استخلصوا التركة لأنفسهم صورة ومعنى، فتبين أنهم في الحقيقة اقتسموا مال أنفسهم صورة ومعنى، فتبين أنها وقعت صحيحة فلا تنقض.

وكذلك إذا أبرأه الغرماء من ديونهم لا تنقض القسمة لأن النقض لحقهم وقد أسقطوه بالإبراء. وكذلك إذا ظهر لبعض المقتسمين دين على الميت بأن ادعى ديناً على الميت وأقام البينة عليه فله أن ينقض القسمة لما قلنا ولا تكون قسمته إبراء من الدين، لأن حق الغريم يتعلق بمعنى التركة وهو ماليتها لا بالصورة، ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص. وإذا كان كذلك فلا يكون إقدامه على القسمة إقراراً منه، لأنه لا دين له على الميت فلم يكن مناقضاً في دعواه فسمعت.

ومنها: ظهور الوصية حتى لو اقتسموا ثم ظهر ثَمَّ موصىً له بالثلث نقضت قسمتهم لأن الموصى له شريك الورثة. ألا ترى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة يهلك من الورثة والموصى له جميعاً والباقي على الشركة بينهم. ولو اقتسموا وثمة وارث آخر غائب تنقض فكذا هذا.

وهذا إذا كانت القسمة بالتراضي فإن كانت بقضاء القاضي لا تنقض لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته، لأن القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد. وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض. ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم. ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا. ولو ادعى وارث وصية لابن له صغير بعد القسمة لا تصح دعواه حتى لا تسمع منه البينة لكونه مناقضاً في الدعوى إذ لا تصح قسمتهم الميراث وثم موصى له فكان إقدامه على القسمة إقراراً منه بانعدام الوصية فكان دعوى وجود الوصية مناقضة فلا تسمع ولكن لا يبطل حق الصغير بقسمة الأب لأنه لا يملك إبطال حقه.

---

(١) سورة النساء، الآية: (١٢).

وكذلك لو ادعى بعض الورثة أن أخاً له من أبيه وأمه ورث أباه معهم وأنه مات بعد موت الأب وورثه هذا المدعي وجحد الباقون ذلك فأقام المدعي البينة لا تقبل بينته لأنه هنا قضى في دعواه لدلالة إقراره بانعدام وارث آخر بإقدامهم على القسمة.

وكذلك كل ميراث يدعيه أو شراء أو هبة أو صدقة أو وصية بعد القسمة للتناقض بدلالة الإقدام على القسمة والله تعالى أعلم.

دار بين رجلين أقر أحدهما ببيت منها لرجل وأنكر الآخر يصح إقراره، لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه، لأن هذا الإقرار لم يوجب تعلق الحق بالعين لحق الشريك الآخر، بل هو موقوف، وإذا لم يتعلق بالعين لا يمنع جواز القسمة فتقسم الدار ويجبر على القسمة، ومتى قسمت فإن وقع البيت المقر به في نصيب المقر دفعه إلى المقر له، لأن الإقرار قد صح وتسليم عين المقر به ممكن فيؤمر بالتسليم، وإن وقع في نصيب شريكه يدفع إليه قدر ذرع المقر به من نصيب نفسه فيقسم ما أصابه بينه وبين المقر له فيضرب المقر له بذرع البيت ويضرب المقر بنصف ذرع الدار بعد البيت. وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليهما الرحمة.

وقال محمد رحمه الله: يضرب المقر بنصف ذراع الدار كما قالا ولكن المقر له يضرب بنصف ذرع البيت لا بكله، حتى لو كان ذرع الدار مائة وذرع البيت عشرة فتقسم الدار بينهما نصفين، يكون للمقر له عشرة أذرع عندهما لأنه جميع ذرع البيت والباقي وهو خمسة وأربعون للمقر لأنه نصف ذرع الدار بعد ذرع البيت. وعند محمد رحمه الله: يكون للمقر له خمسة أذرع، إذ هو نصف ذرع البيت المقر به.

وجه قول محمد رحمه الله: أن الإقرار صادف محلاً معيناً مشتركاً بينه وبين غيره، لأن كل جزأين من الدار أحدهما له والآخر لصاحبه على الشيوع فيبطل في نصيب صاحبه ويصح في نصيبه، وذلك/ [٢٤٧/أ/ج] يوجب للمقر له نصف ذرع البيت. وجه قولهما: أن الإقرار بالمشترك لا يتعلق بالعين قبل القسمة بل هو موقوف وإنما يتعلق بها بعد القسمة. ألا ترى أنه لم يمنع صحة القسمة، ولو تعلق بالعين لمنع فإذا قسمت الدار الآن يتعلق بالعين، فإن وقع المقر به في نصيب المقر يؤمر بالتسليم لأنه قادر على تسليم العين، وإن وقع في نصيب صاحبه فقد عجز عن تسليم عينه فيؤمر بتسليم بدله من نصيبه وهو تمام ذرع المقر به.

هذا إذا كان المقر به شيئاً يحتمل القسمة، فإن كان مما لا يحتمل القسمة كبيت من حمام مشتركة بينه وبين غيره أقر أنه لرجل وأنكر صاحبه فيصح إقراره ولكن يجبر على قسمته، لأن قسمة الإضرار فيما لا يحتمل الجبر على ما ذكرناه في موضعه ويلزمه نصف قيمة البيت لأنه عجز عن تسليم العين، والإقرار بعين معجوز التسليم يكون إقراراً ببدله تصحيحاً لتصرفه وصيانة لحق الغير بالقدر الممكن كالإقرار بجذع في الدار والله تعالى أعلم.

فصل: هذا الذي ذكرنا قسمة الأعيان. وأما قسمة المنافع فهي المسماة بالمهايآت والكلام فيها في مواضع: في بيان أنواع المهايآت وما يجوز منها وما لا يجوز، وفي بيان محل المهايآت، وفي بيات صفة المهايآت، وفي بيان ما يملك كل واحد من الشريكين من التصرف بعد المهايآت وما لا يملك.

أما الأول: فالمهايآت نوعان: نوع يرجع إلى المكان ونوع يرجع إلى الزمان أما النوع الأول: فهو أن

يتهايآ في دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة منها يسكنها وإنه جائز، لأن المهايآت قسمة فتعتبر بقسمة العين، وقسمة العين على الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع.

وكذا لو تهايآ على أن يأخذ أحدهما السفل والآخر العلو جاز ذلك لما قلنا ولا يشترط بيان المدة في هذا النوع، لأن قسمة المنافع ليست بمبادلة المنفعة، لأن مبادلة المنفعة بجنسها غير جائزة عندنا، كإجازة السكنى بالسكنى، والخدمة بالخدمة. وكذلك لو تهايآ في دارين وأخذ كل واحد منهما داراً يسكنها أو يستغلها فهو جائز بالإجماع.

أما عند أبي يوسف ومحمد: فلا شك فيه لأن قسمة الجمع في عين الدور جائزة فكذا في المنافع.

وأما أبو حنيفة رحمه الله: فيحتاج إلى الفرق بين العين وبين المنفعة. وجه الفرق له: أن الدور في حكم أجناس مختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار وفي نفسها وبنائها وموضعها، ولا تجوز قسمة الجمع في جنسين مختلفين على ما مر وأما التفاوت في المنافع فقل ما يتفاحش بل يتقارب فلم تلتحق منافع الدارين بالأجناس المختلفة فجازت القسمة. وكذلك لو تهايآ في عبدين على الخدمة جاز بالإجماع. أما عندهما فلأن قسمة الجمع في أعيان الرقيق جائزة وكذا في منافعها.

ووجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله: على نحو ما ذكرنا في الدارين. ولو تهايآ في عبدين فأخذ كل واحد منهما عبداً يخدمه وشرط كل واحد منهما على نفسه طعام العبد الذي يخدمه جاز استحساناً والقياس أن لا يجوز.

ووجه: أن طعام كل واحد من العبدين على الشريكين جميعاً على المناصفة فاشتراط كل الطعام من كل واحد منهما على نفسه يخرج مخرج معاوضة بعض الطعام بالبعض وأنها غير جائزة للجهالة.

ووجه الاستحسان: أن هذا النوع من الجهالة لا يفضي إلى المنازعة لأن مبنى الطعام على المسامحة في العرف والعادة دون المضايقة، بخلاف ما إذا شرط كل واحد منهما على نفسه كسوة العبد الذي يخدمه أنه لا يجوز لأنه يجري في الكسوة من المضايقة ما لا يجري في الطعام في العرف والعادة فكانت الجهالة في الكسوة مفضية إلى المنازعة، مع ما أن الجهالة في الكسوة تتفاحش بخلاف الطعام، لذلك افترقا. والله تعالى أعلم.

وأما التهايؤ في الدواب بأن أخذ أحدهما دابة ليركبها والآخر دابة أخرى من جنسها يستغلها وشرط الاستغلال فغير جائز عند أبي حنيفة وعندهما جائز. وجه قولهما ظاهر: لأن قسمة الجمع في أعيان الدواب من/ جنس واحد جائزة، فكذا قسمة المنافع. ولأبي حنيفة الفرق بين المنفعة وبين المنفعة أنه جوز قسمة [ب/٢٤٧/ج] الجمع في أعيانها ولم يجوز في منافعها.

ووجه الفرق: أنها باعتبار أعيانها جنس واحد لكنها في منفعة الركوب في حكم جنسين مختلفين، بدليل أن من استأجر دابة ليركبها لم يملك أن يؤاجرها للركوب ولو فعل لضمن، فأشبه اختلاف جنس المنفعة اختلاف جنس العين، واختلاف جنس العين عنده مانع جواز قسمة الجمع، كذا في المنفعة بخلاف المهايآت في الدارين والعبدين إنها جائزة، لأن هناك المنافع متقاربة غير متفاحشة، بدليل أن المستأجر فيها

يملك الإجارة من غيره فلم يختلف جنس المنفعة فجازت المهايآت.

وأما النوع الثاني وهو المهايآت بالزمان: فهو أن يتهايآ في بيت صغير على أن يسكنه هذا يوماً وهذا يوماً، أو في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً، وهذا جائز لقوله تبارك وتعالى: ﴿قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾[1]، أخبر سبحانه وتعالى عن نبينه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام المهايآت في الشرب ولم ينكره سبحانه وتعالى، والحكيم إذا حكى عن منكر غيّره فدل على جواز المهايآت بالزمان بظاهر النص وثبت جواز النوع الآخر من طريق الدلالة لأنها أشبه بالمقاسمة من النوع الأول، ولأن جواز المهايآت بالزمان لمكان حاجات الناس وحاجتهم إلى المهايآت بالمكان أشد لأن الأعيان كلها في احتمال المهايآت بالزمان شرع سواء من الأعيان ما لا يحتمل المهايآت بالمكان كالعبد والبيت الصغير ونحوهما، فلما جازت تلك فلأن تجوز هذه أولى. والله تعالى أعلم.

فصل: وأما بيان محل المهايآت فنقول ولا قوة إلا بالله تعالى جل شأنه: إن محلها المنافع دون الأعيان، لأنها قسمة المنفعة دون العين فكان محلها المنفعة دون العين حتى إنهما لو تهايآ في نخل أو شجر بين شريكين على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لا يجوز. وكذلك إذا تهايآ في الغنم المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهم قطيعاً وينتفع بألبانها لا يجوز لما ذكرنا أن هذا عقد قسمة المنافع والثمن واللبن عين مال فلا تدخل تحت عقد المهايآت. ولو تهايآ في الأراضي المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهما نصفها ويذرع جاز، لأن ذلك قسمة المنافع وهو معنى المهايآت والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما صفة المهايآت فهي أنها عقد غير لازم، حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايآت قسم الحاكم بينهما وفسخ المهايآت لأنها كالخلف عن قسمة العين، وقسمة العين كالأصل فيما شرعت له القسمة، لأن القسمة شرعت لتكميل منافع الملك، وهذا المعنى في قسمة العين أكمل، ولهاذ لو طلب أحدهما القسمة قبل المهائيات أجبره الحاكم على القسمة فكان عقداً جائزاً فاحتمل الفسخ كسائر العقود الجائزة ولا يبطل بموتأحد الشريكين، بخلاف الإجارة لأنها لو بطلت لأعادها القاضي للحال ثانياً فلا يفيد.

فصل: وأما بيان ما يملك كل واحد منهما من التصرف بعد المهايآت، أما في المهايآت بالمكان فلكل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهايآت، سواء شرط الاستغلال في العقد أو لا، وسواء تهايآ في دار واحدة أو دارين لأن المنافع بعد المهايآت تحدث على ملك كل واحد منهما فيما أخذه فيملك التصرف فيه بالتمليك من غيره. وبه تبين أن المهايآت في هذا النوع ليست بإعارة لأن العارية لا تؤاجر.

وأما المهايآت بالزمان فلكل واحد منهما يسكن أو يستخدم لما ذكرنا لكن لا بد من ذكر الوقت من اليوم والشهر ونحو ذلك بخلاف المهايأة بالمكان أن لكل واحد منهما ولاية السكنى والاستغلال مطلقاً، لأن الحاجة إلى ذكر الوقت لتصير المنافع معلومة والمهايآت بالمكان قسمة منافع مقدرة/ [١/٢٤٨/ج] مجموعة بالمكان. ومكان المنفعة معلوم، فصارت المنافع معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهايأة.

---

(١) سورة الشعراء، الآية: (١٥٥).

وأما المهايأة بالزمان فقسمة مقدرة بالزمان فلا تصير معلومة إلا بذكر زمان معلوم فهو الفرق، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وهل يملك كل واحد منهما الاستغلال في نوبته؟ لا خلاف في أنهما إذا لم يشترطا لم يملك. فأما إذا شرطا ذكر القدوري عليه الرحمة: أنه لا يملك لأن هذا النوع من المهايأة في معنى الإعارة والعارية لا تؤجر. وذكر الأصل أن التهايؤ في الدار الواحدة على السكنى والغلة جائزة. منهم من قال المذكور في الأصل ليس بمهايآت حقيقة لوجهين:

أحدهما: أنه أضاف التهايؤ إلى الغلة دون الاستغلال، والغلة لا تحتمل التهايؤ حقيقة، إذ هي عين والتهايؤ قسمة المنافع دون الأعيان.

والثاني: أنه ذكر فيه أن غلة الدار إذا أوصلت في يد أحدهما شاركه فيه صاحبه، وليس ذلك حكم جواز المهايآت، وكما أن المهايأة بالمكان في الدارين إذا تهايآ أن يأخذ كل واحد منهما وأخذه يستغلها فاستغلها، ففضل من الغلة في يد أحدهما أن الفاضل يكون له خاصة، ويكون المذكور في الأصل محمولاً على ما إذا اصطلحا على أن يأخذ هذا غلة شهر وذلك غلة شهر وسمي ذلك مهايأة مهايأة مجازاً وإن لم يكن ذلك مهايأة حقيقة في هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركاً بينهما. وعلى هذا يرتفع اختلاف الروايتين ويحتمل أن يكون المذكور في الأصل دليلاً على شرط جواز الاستغلال، إذ الغلة يجوز أن تذكر بمعنى الاستغلال في الجملة، وقد قام دليل إرادة الاستغلال ههنا وهو قرينة التهايؤ، إذ هي عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التي هي عين ماله.

وكذا التهايؤ يكون على شيء هو مقدور التهايؤ وهو فعل الاستغلال دون عين الغلة، ولهذا قرن بها السكنى الذي هو فعل الساكن ويكون قوله ما فضل من الغلة في يده يشاركه فيه صاحبه محمولاً على ما إذا تهايآ بشرط الاستغلال ابتداء ثم اصطلحا على أن يأخذ كل واحد منهما غلة شهر، وفي هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما في الدارين، فعلى هذا ثبت اختلاف روايتي الحاكم وأحمد بن الحسين القدوري عليهم الرحمة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الحدود

جمع محمد رحمه الله بين مسائل الحدود وبين مسائل التعزير، وبدأ بمسائل الحدود، فبدأ بما بدأ به، فنقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق:

الكلام في الحدود يقع في مواضع: في بيان معنى الحد لغة وشرعاً. وفي بيان أسباب وجوب الحدود وشرائط وجوبها. وفي بيان ما يظهر به وجوبها عند القاضي، وفي بيان صفاتها، وفي بيان مقدار الواجب منها، وفي بيان شرائط جواز إقامتها. وفي بيان كيفية إقامتها وموضع الإقامة، وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب، وفي بيان حكمها إذا اجتمعت، وفي بيان حكم المحدود.

أما الأول: الحد في اللغة: عبارة عن المنع، ومنه سمي البواب حداداً لمنعه الناس عن/ الدخول، وفي الشرع: عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله تعالى عز شأنه، بخلاف التعزير فإنه ليس بمقدر، قد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس وقد يكون بغيرهما، وبخلاف القصاص فإنه وإن كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقاً للعبد حتى يجري فيه العفو والصلح.

سمي هذا النوع من العقوبة حداً لأنه يمنع صاحبه إذا لم يكن متلفاً وغيره بالمشاهدة ويمنع من يشاهد ذلك ويعاينه إذا لم يكن متلفاً لأنه يتصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية فيمنعه ذلك من المباشرة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان أسباب وجوبها فلا يمكن الوصول إليه إلا بعد معرفة أنواعها لأن سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع، فنقول: الحدود خمسة أنواع: حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف.

أما حد السرقة فسبب وجوبه السرقة، وسنذكر ركن السرقة وشرائط الركن في كتاب السرقة.

وأما حد الزنا فنوعان: جلد ورجم، وسبب وجوب كل واحد منهما وهو الزنا، وإنما يختلفان في الشرط وهو الإحصان، فالإحصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد، فلا بد من معرفة الزنا والإحصان في عرف الشرع.

أما الزنا فهو اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً.

والأصل في اعتبار الشبهة في هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ادْرَءُوا الحُدُودِ بالشُّبُهَاتِ»[١]، ولأن الحد عقوبة متكاملة فتستدعي جناية متكاملة، والوطء في القبل في غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جناية إلا عند انتفاء الشبهة كلها.

إذا عرف الزنا في عرف الشرع فنخرج عليه بعض المسائل فنقول: الصبي أو المجنون إذا وطىء امرأة أجنبية لا حد عليه لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون الوطء منهما زنا فلا حد على المرأة إذا طاوعته عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم.

وقال زفر والشافعي رضي الله عنهم: عليها الحد[٢]، ولا خلاف في أن العاقل البالغ إذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد ولا حد/ عليها. لهما: أن المانع من وقوع الفعل زنا خص أحد الجانبين فيختص به المنع كالعاقل البالغ إذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وإن كان لا يجب عليها لما قلنا. كذا هذا.

ولنا: أن وجوب الحد على المرأة في باب الزنا ليس لكونها زانية، لأن فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لأنها موطوءة وليست بواطئة، وتسميتها في الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة، وإنما وجب عليها لكونها مزنياً بها، وفعل الصبي والمجنون ليس بزنا فلا تكون هي مزنياً بها فلا يجب عليها الحد، وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ، فكانت الصبية أو المجنونة مزنياً بها، إلا أن الحد لم يجب عليها لعدم الأهلية، والأهلية ثابتة في جانب الرجل فيجب. وكذلك الوطء في الدبر في الأنثى أو الذكر لا يوجب الحد عند أبي حنيفة وإن كان حراماً لعدم الوطء في القبل فلم يكن زنا. وعندهما والشافعي يوجب[٣] الحد، وهو الرجم إن كان محصناً، والجلد إن كان غير محصن. لا لأنه زنا بل لأنه في معنى الزنا لمشاركة الزنا في المعنى المستدعي لوجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التمحض فكان في معنى الزنا، فورود النص بإيجاب الحد هناك يكون وروداً ههنا دلالة.

ولأبي حنيفة: ما ذكرنا أن اللواطة ليست بزنا لما ذكرنا أن الزنا اسم للوطء في قبل المرأة. ألا ترى أنه يستقيم أن يقال: لاط وما زنا وزنا وما لاط ويقال: فلان لوطي وفلان زاني. فكذا يختلفان اسماً. واختلاف الأسامي دليل اختلاف المعاني في الأصل. ولهذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حد هذا الفعل. ولو كان هذا زناً لم يكن لاختلافهم معنى. لأن موجب الزنا كان معلوماً لهم بالنص فثبت أنه ليس بزنا ولا في معنى الزنا أيضاً لما في الزنا من اشتباه الأنساب وتضييع الولد. ولم يوجد ذلك في هذا الفعل. إنما فيه تضييع الماء المهين الذي يباح مثله بالعزل. وكذا ليس في معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر. لأن الحاجة إلى شرع الزاجر فيما يغلب وجوده. ولا يغلب وجود هذا الفعل. لأن وجوده يتعلق باختيار شخصين. ولا اختيار إلا لداع يدعو إليه ولا داعي في جانب المحل أصلاً. وفي الزنا وجد الداعي من الجانبين جميعاً وهو

(١) تقدم.
(٢) انظر «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٣١٥).
(٣) انظر «مختصر المزني» صفحة (٢٦١) و «الإشراف» (٢/ ٣٦).

الشهوة المركبة فيهما جميعاً فلم يكن في معنى الزنا، فورود النص هناك ليس وروداً ههنا/ ، وكذا اختلاف اجتهاد الصحابة رضي الله عنهم دليل على أن الواجب بهذا الفعل هو التعزير لوجهين: أحدهما أن التعزير هو الذي يحتمل الاختلاف في القدر والصفة لا الحد. والثاني أنه لا مجال للاجتهاد في الحد، بل لا يعرف إلا بالتوقيف وللاجتهاد مجال في التعزير.

وكذا وطء المرأة الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطء المرأة الحية. وكذا وطء البهيمة وإن كان حراماً لانعدام الوطء في قبل المرأة فلم يكن زناً، ثم إن كانت البهيمة ملك الواطىء قيل: إنها تذبح ولا تؤكل، ولا رواية فيه عن أصحابنا رحمهم الله[1]. لكن روى محمد عن سيدنا عمر رضي الله عنه: «أَنَّهُ لَمْ يَحُدَّ وَاطِىءَ البَهِيْمَةِ وَأَمَرَ بِالبَهِيْمَةِ حَتَّى أُحْرِقَتْ بِالنَّارِ»[2].

وكذلك الوطء عن إكراه لا يوجب الحد، وكذلك الوطء في دار الحرب وفي دار البغي لا يوجب الحد، حتى إن من زنا في دار الحرب أو دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد، لأن الزنا لم ينعقد سبباً لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا يستوفىٰ بعد ذلك.

وكذلك الحربي المستأمن إذا زنا بمسلمة أو ذمية، أو ذمي زنا بحربية مستأمنة لا حد على الحربي والحربية عندهما.

وعند أبي يوسف: يحدان. وجه قوله: أنه لما دخل دار الإسلام فقد التزم أحكام الإسلام مدة إقامته فيها فصار كالذمي ولهذا يقام عليه حد القذف كما يقام على الذمي. ولهما: أنه لم يدخل دار الإسلام على سبيل الإقامة والتوطن بل على سبيل العارية ليعاملنا ونعامله ثم يعود، فلم يكن دخوله دار الإسلام دلالة التزامه حق الله سبحانه وتعالى خالصاً بخلاف حد القذف، لأنه لما طلب الأمان من المسلمين فقد التزم أمانهم عن الإيذاء بنفسه وظهر حكم الإسلام في حقه، ثم يحد المسلمة والذمية عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: لا يحد ويحد الذمي بلا خلاف.

وجه قول محمد رحمه الله: أن الأصل فعل الرجل وفعلها يقع تبعاً، فلما لم يجب على الأصل لا يجب على التبع كالمطاوعة للصبي والمجنون.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن فعل الحربي حرام محض. ألا ترى أنه يؤاخذ فكان زنا فكانت هي مزنياً بها، إلا أن الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه أحكامنا. وهذا أمر يخصه.

ويحد الذمي لأنه بالذمة/ والعهد التزم أحكام الإسلام مطلقاً إلا في قدر ما وقع الاستثناء فيه ولم يوجد ههنا. وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة والمجنونة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو آلى منها لا يوجب الحد وإن كان حراماً لقيام الملك والنكاح فلم يكن زنا.

---

(١) لكن الذي في «اختلاف العلماء» (٣/ ٣٠٤) قال: قال أصحابنا ومالك والشافعي: لا حد عليه ويعزّر.

(٢) وأخرج الترمذي في «جامعه» برقم (١٤٥٥).
وقال: وهذا أصح من الحديث الأول [وهو من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه، واقتلوا البهيمة]. عن ابن عباس رضي الله عنهما: «فيمن أتى بهيمة لا حد عليه».

وكذلك وطء الجارية المشتركة والمجوسية والمرتدة والمكاتبة والمحرمة برضاع أو صهرية أو جمع لقيام الملك وإن كان حراماً وعلم بالحرمة، وكذلك وطء الأب جارية الابن لا يوجب الحد، وإن علم بالحرمة لأن له في مال ابنه شبهة الملك، وهو الملك من وجه أو حق الملك، لقوله عليه الصلاة والسلام: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيْكَ»[(١)] فظاهر إضافة مال الابن إلى الأب بحرف اللام يقتضي حقيقة الملك، فلئن تقاعد عن إفادة الحقيقة فلا يتقاعد على إيراث الشبهة أو حق الملك.

وكذلك وطء جارية المكاتب لأن المكاتب عندنا عبد ما بقي عليه درهم فكان مملوك المولى رقبة. وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب، فإن لم يثبت مقتضاه حقيقة فلا أقل من الشبهة. وكذلك وطء جارية العبد المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن.

أما إذا لم يكن عليه دين فظاهر لأنها ملك المولى. وكذلك إن كان عليه دين لأن رقبة المأذون ملك المولى وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب كما في جارية المكاتب بل أولى. لأن كسب المأذون أقرب إلى المولى من كسب المكاتب. فلما لم يجب الحد هناك فههنا أولى. ولأن هذا الملك محل الاجتهاد. لأن العلماء اختلفوا فيه واختلافهم يورث شبهة فأشبه وطأ حصل في نكاح وهو محل الاجتهاد وذا لا يوجب الحد. كذا هذا.

وكذلك وطء الجد أب الأب وإن علا عند عدم الأب بمنزلة وطء الأب لأن له ولاداً فنزل منزلة الأب.

وكذلك الرجل من الغانمين إذا وطىء جارية من المغنم قبل القسمة بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله لا حد عليه، وإن علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت، فإن لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة.

ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه، لأن ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل، إما من كل وجه أو من وجه، ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وأنه يكفي لسقوط الحد/ ولا يكفي لثبوت النسب.

وكذلك وطء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي عند من لا يجيزه لا يوجب الحد لأن العلماء اختلفوا، منهم من قال: يجوز النكاح بدون الشهادة والولاية، فاختلافهم يورث شبهة.

وكذلك إذا تزوج الغير أو مجوسية أو مدبرة أو أمة على حرة أو أمة بغير إذن مولاها، أو العبد تزوج امرأة بغير إذن مولاها فوطئها لا حد عليه لوجود لفظ النكاح من الأهل في المحل وأنه يوجب شبهة. وكذلك إذا نكح محارمه أو الخامسة أو أخت امرأته فوطئها لا حد عليه عند أبي حنيفة وإن علم بالحرمة وعليه التعزير. وعندهما والشافعي رحمهم الله تعالى عليه الحد[(٢)].

والأصل عند أبي حنيفة عليه الرحمة: أن النكاح إذا وجد من الأهل مضافاً إلى محل قابل لمقاصد

---

(١) تقدم.

(٢) انظر «الأم» (٦/ ١٥٥) و «المدونة» (٦/ ٢٠٩) و «المبسوط» (٩/ ٨٥).

النكاح يمنع وجوب الحد، سواء كان حلالاً أو حراماً، وسواء كان التحريم مختلفاً فيه أو مجمعاً عليه، وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمة. والأصل عندهما أن النكاح إذا كان محرماً على التأبيد أو كان تحريمه مجمعاً عليه يجب الحد، وإن لم يكن محرماً على التأبيد، أو كان تحريمه مختلفاً فيه لا يجب عليه.

وجه قولهم: أن هذا نكاح أضيف إلى غير محله فيلغو، ودليل عدم المحلية أن محل النكاح هي المرأة المحللة لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾[1] والمحارم محرمات على التأبيد لقول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾[2] الآية، إلا أنه إذا ادعى الاشتباه وقال: ظننت أنها تحل لي سقط الحد لأنه ظن أن صيغة لفظ النكاح من الأهل في المحل دليل الحل، فاعتبر هذا الظن في حقه وإن لم يكن معتبراً حقيقة إسقاطاً لما يدرأ بالشبهات، وإذا لم يدع خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن لفظ النكاح صدر من أهله مضافاً إلى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح المتعة ونحو ذلك، ولا شك في وجود لفظ النكاح والأهلية، والدليل على المحلية أن محل النكاح هو الأنثى من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام النصوص والمعقول. أما النصوص فقوله سبحانه: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾[3] وقوله سبحانه وتعالى هُوَ الَّذِي: ﴿خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾[4] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ﴾/[5] جعل سبحانه وتعالى النساء على العموم، والإطلاق محل النكاح والزوجية.

وأما المعقول: فلأن الأنثى من بنات سيدنا آدم عليه الصلاة والسلام محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصين وغيرها فكانت محلاً لحكم النكاح، لأن حكم التصرف وسيلة إلى ما هو المقصود من التصرف، فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم يثبت معنى التوسل، إلا أن الشرع أخرجها من أن تكون محلاً للنكاح شرعاً مع قيام المحلية حقيقة، فقيام صورة العقد والمحلية يورث شبهة، إذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت، أو نقول: وجد ركن النكاح والأهلية والمحلية على ما بينا، إلا أنه فات شرط الصحة فكان نكاحاً فاسداً والوطء في النكاح الفاسد لا يكون زنا بالإجماع، وعلى هذا ينبغي أن يعلل فيقال: هذا الوطء ليس بزنا فلا يوجب حد الزنا قياساً على النكاح بغير شهود وسائر الأنكحة الفاسدة.

ولو وطىء جارية الأب أو الأم فإن ادعى الاشتباه بأن قال: ظننت أنها تحل لي لم يجب الحد وإن لم يدع يجب، وهو تفسير شبهة الاشتباه، وأنها تعتبر في سبعة مواضع: في جارية الأب وجارية الأم وجارية المنكوحة وجارية المطلقة ثلاثاً ما دامت في العدة، وأم الولد ما دامت تعتد منه، والعبد إذا وطىء جارية مولاه، والجارية المرهونة إذا وطئها المرتهن في رواية كتاب الرهن، وفي رواية كتاب الحدود يجب الحد

---

(١) سورة النساء، الآية: (٢٤).
(٢) سورة النساء، الآية: (٢٣).
(٣) سورة النساء، الآية: (٣).
(٤) سورة الروم، الآية: (٢١).
(٥) سورة النجم، الآية: (٤٥).

ولا يعتبر ظنه. أما إذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته فلأن الرجل ينبسط في مال أبويه وزوجته وينتفع به من غير استئذان وحشمة عادة. ألا ترى أنه يستخدم جارية أبويه ومنكوحته من غير استئذان فظن أن هذا النوع من الانتفاع مطلق له شرعاً أيضاً. وهذا وإن لم يصلح دليلاً على الحقيقة، لكنه لما ظنه دليلاً اعتبر في حقه لإسقاط ما يندرىء بالشبهات، وإذا لم يدع ذلك فقد عري الوطء عن الشبهة فتمحض حراماً فيجب الحد، ولا يثبت نسب الولد سواء ادعى الاشتباه أو لا، لأن ثبات النسب يعتمد قيام معنى في المحل وهو الملك من كل وجه أو من وجه ولم يوجد.

ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر لا حد عليهما ما لم يقر جميعاً أنهما قد علما بالحرمة لأن الوطء يقوم بهما جميعاً فإذا تمكنت فيه الشبهة من أحد الجانبين فقد تمكنت/ من الجانب الآخر ضرورة. وأما من سوى الأب والأم من سائر ذوي الرحم المحرم كالأخ والأخت ونحوهما إذا وطىء جاريته يجب الحد.

وإن قال: ظننت أنها تحل لي لأن هذا دعوى الاشتباه في غير موضع الاشتباه لأن الإنسان لا ينبسط بالانتفاع بمال أخيه وأخته عادة فلم يكن هذا ظناً مستنداً إلى دليل فلا يعتبر. وكذلك إذا وطىء جارية ذات رحم محرم من امرأته لما قلنا.

أما إذا وطىء المطلقة ثلاثاً في العدة فلأن النكاح قد زال في حق الحل أصلاً لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلقات الثلاث، وإنما بقي في حق الفراش والحرمة على الأزواج فقط فتمحض الوطء حراماً فكان زناً فيوجب الحد، إلا إذا ادعى الاشتباه وظن الحل لأنه بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح في حق الفراش وحرمة الأزواج فظن أنه بقي في حق الحل أيضاً، وهذا وإن لم يصلح دليلاً على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلاً اعتبر في حقه درءاً لما يندرىء بالشبهات، وإن كان طلاقها واحدة بائنة لم يجب الحد، وإن قال: علمت أنها عليَّ حرام لأن زوال الملك بالإبانة وسائر الكنايات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم، فإن مثل سيدنا عمر رضي الله عنه يقول: «في الكِنَايَاتِ إِنَّهَا رَوَاجِعُ وطَلَاقُ الرَّجْعَى لاَ يُزِيْلُ المُلْكَ فَاخْتِلَافُهُمْ يُورِثُ شُبْهَةً»..

ولو خالعها أو طلقها على مال فوطئها في العدة ذكر الكرخي أنه ينبغي أن يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثاً وهو الصحيح، لأن زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق الشبهة فيجب الحد، إلا إذا ادعى الاشتباه لما ذكرنا في المطلقة الثلاث.

وكذلك إذا وطىء أم ولده وهي تعتد منه بأن أعتقها، لأن زوال الملك بالإعتاق مجمع عليه فلم تثبت الشبهة.

وأما العبد إذا وطىء جارية مولاه فإن العبد ينبسط في مال مولاه عادة بالانتفاع فكان وطؤه مستنداً إلى ما هو دليل في حقه فاعتبر في حقه لإسقاط الحد، وإذا لم يدع يحد لعراء الوطء عن الشبهة. وأما المرتهن إذا وطىء الجارية المرهونة فوجه رواية كتاب الرهن أن يد المرتهن يد استيفاء الدين فصار المرتهن مستوفياً الدين من الجارية يداً، فقد وطىء جارية هي مملوكة له يداً فلا يجب الحد كالجارية المبيعة إذا وطئها/ البائع

قبل التسليم، إلا إذا ادعى الاشتباه وقال: ظننت أنها تحل لي، لأنه استند ظنه إلى نوع دليل وهو ملك اليد فيعتبر في حقه درءاً للحد. وإذا لم يدع فلا شبهة فلا يجب الحد.

وجه رواية كتاب الحدود: أن الاستيفاء في باب الرهن إنما يتحقق من مالية الرهن لا من عينه، لأن الاستيفاء لا يتحقق إلا في الجنس ولا مجانسة بين التوثيق وبين عين الجارية فلا يتصور الاستيفاء من عينها فلا يعتبر ظنه. ولو وطىء البائع الجارية المبيعة قبل التسليم لا حد عليه. وكذلك الزوج إذا وطىء الجارية التي تزوج عليها قبل التسليم. لأن ملك الرقبة وإن زال بالبيع والنكاح فملك اليد قائم فيورث شبهة.

ولو وطىء المستأجر جارية الإجارة والمستعير جارية الإعارة والمستودع جارية الوديعة يحد، وإن قال: ظننت أنها تحل لي لأن هذا ظن عري عن دليل فكان في غير موضعه فلا يعتبر.

ولو زفت إليه غير امرأته وقلن النساء: إن هذه امرأتك فوطئها لا حد عليه منهم من قال: إنما لم يجب الحد لشبهة الاشتباه، وهذا غير سديد، فإنها إذا جاءت بولد يثبت النسب. ولو كان امتناع الوجوب لشبهة الاشتباه ينبغي أن لا يثبت لأن النسب لا يثبت في شبهة الاشتباه كما فيما ذكرنا من المسائل، وههنا يثبت النسب دل أن الامتناع ليس لشبهة الاشتباه بل لمعنى آخر، وهو أن وطأها بناءً على دليل ظاهر يجوز بناء الوطء عليه وهو الإخبار بأنها امرأته بل لا دليل ههنا سواه، فلئن تبين الأمر بخلافه فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة.

ولو وطىء أجنبية وقال: ظننت أنها امرأتي أو جاريتي أو شبهتها بامرأتي أو جاريتي يجب الحد، لأن هذا الظن غير معتبر لعدم استناده إلى دليل فكان ملحقاً بالعدم فلا يحل الوطء بناءً على هذا الظن ما لم يعرف أنها امرأته بدليل إما بكلامها أو بإخبار مخبر ولم يوجد، مع ما أنا لو اعتبرنا هذا الظن في إسقاط الحد لم يقم حد الزنا في موضع ما، إذ الزاني لا يعجز عن هذا القدر فيؤدي إلى سد باب الحد.

وهكذا روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه قال: لو قيل هذا لما أقيم الحد على أحد، وكذلك لو كان الرجل أعمى فوجد امرأة في بيته فوقع عليها وقال: ظننتها امرأتي عليه الحد، لأن هذا ظن لم يستند إلى دليل، إذ قد يكون في البيت من لا يجوز وطؤها من المحارم/ والأجنبيات فلا يحل الوطء بناءً على هذا الظن فلم تثبت الشبهة.

وروي عن محمد في رجل أعمى دعىٰ امرأته فقال: يا فلانة فأجابت غيرها فوقع عليها أنه يحد، ولو أجابته غيرها وقالت: أنا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب، وهي كالمرأة المزفوفة إلى غير زوجها، لأنه لا يحل له وطؤها بنفس الإجابة ما لم تقل: أنا فلانة، لأن الإجابة قد تكون من التي ناداها وقد تكون من غيرها فلا يجوز بناء الوطء على نفس الإجابة، فإذا فعل لم يعذر بخلاف ما إذا قالت: أنا فلانة فوطئها، لأنه لا سبيل للأعمى إلى أن يعرف أنها امرأته إلا بذلك الطريق فكان معذوراً، فأشبه المرأة المزفوفة، حتى لو كان الرجل بصيراً لا يصدق على ذلك لإمكان الوصول إلى أنها امرأته بالرؤية.

وروي عن زفر في رجل أعمى وجد على فراشه أو مجلسه امرأة نائمة فوقع عليها وقال: ظننت أنها امرأتي يدرأ عنه الحد وعليه العقر. وقال أبو يوسف: لا يدرأ. وجه قول زفر: أنه ظن في موضع الظن، إذ

الظاهر أنه لا ينام على فراشه غير امرأته فكان ظنه مستنداً إلى دليل ظاهر فيوجب درأ الحد، كما لو زفت إليه غير امرأته فوطئها.

وجه قول أبي يوسف: أن النوم على الفراش لا يدل على أنها امرأته لجواز أن ينام على فراشه غير امرأته فلا يجوز استحلال الوطء بهذا القدر فإذا استحل وظهر الأمر بخلافه لم يكن معذوراً والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما الإحصان: فالإحصان نوعان: إحصان الرجم وإحصان القذف.

أما إحصان الرجم: فهو عبارة في الشرع عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم وهي سبعة: العقل والبلوغ والحرية والإسلام والنكاح الصحيح، وكون الزوجين جميعاً على هذه الصفات، وهو أن يكونا جميعاً عاقلين بالغين حرين مسلمين فوجود هذه الصفات جميعاً فيهما شرط لكون كل واحد منهما محصناً، والدخول في النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخراً عنها، فإن تقدمها لم يعتبر ما لم يوجد دخول آخر بعدها، فلا إحصان الصبي والمجنون والعبد والكافر ولا بالنكاح الفاسد ولا بنفس النكاح ما لم يوجد الدخول، وما لم يكن الزوجان جميعاً وقت الدخول على صفة/ الإحصان، حتى إن الزوج العاقل البالغ الحر المسلم إذا دخل بزوجته وهي صبية أو مجنونة أو أمة أو كتابية ثم أدركت الصبية وأفاقت المجنونة وأعتقت الأمة وأسلمت الكافرة لا يصير محصناً ما لم يوجد دخول آخر بعد زوال هذه العوارض، حتى لو زنى قبل دخول آخر لا يرجم، فإذا وجدت هذه الصفات صار الشخص محصناً، لأن الإحصان في اللغة عبارة عن الدخول في الحصن. يقال: أحصن أي دخل الحصن كما يقال: أعرق أي دخل العراق، وأشأم أي دخل الشام، وأحصن أي دخل في الحصن، ومعناه دخل حصناً عن الزنا إذا دخل فيه، وإنما يصير الإنسان داخلاً في الحصن عن الزنا عند توفر الموانع، وكل واحد من هذه الجملة مانع عن الزنا فعند اجتماعها تتوفر الموانع.

أما العقل فلأن للزنا عاقبة ذميمة والعقل يمنع عن ارتكاب ماله عاقبة ذميمة. وأما البلوغ فإن الصبي لنقصان عقله ولقلة تأمله لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على عواقب الأمور فلا يعرف الحميدة منها والذميمة.

وأما الحرية فلأن الحر يستنكف عن الزنا وكذا الحرة، ولهذا: «**لما قرأ رسول الله ﷺ آيَةَ الْمُبَايَعَةِ عَلَى النِّسَاءِ وبَلَغَ إِلَى قَوْلِ اللَّهِ تَعَالى ﴿وَلاَ يَزْنِيْنَ﴾ قَالَتْ هِنْد امْرَأَةُ أَبِي سُفْيَانْ: أَوَ تَزْنِي الحُرَّةُ يَا رَسُولَ اللَّهِ**»[1].

وأما الإسلام فلأنه نعمة كاملة موجبة للشكر فيمنع من الزنا الذي هو وضع الكفر في موضع الشكر. وأما اعتبار اجتماع هذه الصفات في الزوجين جميعاً فلأن اجتماعها فيهما يشعر بكمال حالهما وذا يشعر بكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين، لأن اقتضاء الشهوة بالصبية والمجنونة قاصر، وكذا بالرقيق لكون الرق

---

(١) أخرجه ابن سعد في «الطبقات» (٨/ ٩) والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٦٧) بلفظ آخر: «أو تعلم في نساء قومك من هذه الهنات والعاهات شيئاً».

ورواه ابن كثير في «تفسيره» بسند ابن إسحاق (٤/ ٣٥٤).

من نتائج الكفر فينفر عنه الطبع، وكذا بالكافرة لأن طبع المسلم ينفر عن الاستمتاع بالكافرة، ولهذا قال النبي عليه الصلاة والسلام لِحُذَيْفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حِيْنَ أرادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً: «دَعْهَا فَإِنَّهَا لاَ تُحْصِنُكَ»[١].

وأما الدخول بالنكاح الصحيح فلأنه اقتضاء الشهوة بطريق حلال فيقع به الاستغناء عن الحرام، والنكاح الفاسد لا يفيد فلا يقع به الاستغناء. وأما كون الدخول آخر الشرائط فلأن الدخول قبل استيفاء سائر الشرائط لا يقع اقتضاء الشهوة على سبيل الكمال فلا تقع الغنية به عن الحرام على التمام، وبعد استيفائها تقع به الغنية على الكمال/ والتمام، فثبت أن هذه الجملة موانع عن الزنا فيحصل بها معنى الإحصان وهو الدخول في الحصن عن الزنا. ولا خلاف في هذه الجملة إلا في الإسلام، فإنه روي عن أبي يوسف أنه ليس من شرائط الإحصان حتى لا يصير المسلم محصناً بنكاح الكتابية والدخول بها في ظاهر الرواية. وكذلك الذمي العاقل البالغ الحر الثيب إذا زنا لا يرجم في ظاهر الرواية بل يجلد.

وعلى ما روي عن أبي يوسف يصير المسلم محصناً بنكاح الكتابية. ويرجم الذمي به. وبه أخذ الشافعي[٢] رحمه الله تعالى، واحتجا بما روي: «أنه عليه الصلاة والسلام رَجَمَ يَهُودِيَّيْنِ»[٣]. ولو كان الإسلام شرطاً لما رجم، ولأن اشتراط الإسلام للزجر عن الزنا، والدين المطلق يصلح للزجر عن الزنا، لأن الزنا حرام في الأديان كلها.

ولنا: في زنا الذمي قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَائَةَ جَلْدَةٍ﴾[٤] أوجب سبحانه وتعالى الجلد على كل زانٍ وزانية أو على مطلق الزاني والزانية من غير فصل بين المؤمن والكافر، ومتى وجب الجلد انتفى وجوب الرجم ضرورة، ولأن زنا الكافر لا يساوي زنا المسلم في كونه جناية، فلا يساويه في استدعاء العقوبة كزنا البكر مع زنا الثيب.

وبيان ذلك: أن زنا المسلم اختص بمزيد قبح، انتفى ذلك في زنا الكافر، وهو كون زناه وضع الكفران في موضع الشكر، لأن دين الإسلام نعمة ودين الكفر ليس بنعمة. وفي زنا المسلم بالكتابية قوله عليه الصلاة والسلام لِحُذَيْفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حِيْنَ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ يَهُودِيَةً: «دعها فَإِنَّهَا لاَ تُحصِنُكَ»[٥]، وقوله عليه الصلاة

---

(١) أخرجه الدارقطني في «السنن» (٣/١٤٨) عن كعب بن مالك لا عن حذيفة!!
وقال: أبو بكر بن أبي مريم ضعيف، وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعباً.
وأبو داود في «المراسيل» من طريق آخر عن علي بن أبي طلحة عن مالك (٢٠٦).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/٢١٦) وذكر قول الدارقطني السابق وساق إسناد أبي داود في المراسيل وقال: إنه منقطع.
(٢) انظر «مختصر المزني» صفحة (١٧٨) و «الأم» (٦/٣٩).
(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/٦١، ٦٢، ١٢٦).
ومالك في «الموطأ» كتاب الحدود باب ما جاء في الرجم.
والبخاري في «الصحيح» كتاب المناقب باب قول الله تعالى: ﴿يعرفونه كما يعرفون أبناءهم وإن فريقاً منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون﴾ (٣٦٣٥).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الحدود باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنى (١٦٩٩) وأبو داود في «السنن» كتاب الحدود باب في رجم اليهوديين (٤٤٤٦) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/٢١٤).
(٤) سورة النور، الآية: (٢).
(٥) تقدم.

والسلام: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصِنٍ»[١]، والذمي مشرك على الحقيقة فلم يكن محصناً، وما ذكرنا أن في اقتضاء الشهوة بالكافرة قصوراً فلا يتكامل معنى النعمة فلا يتكامل الزاجر.

وقوله: الزجر يحصل بأصل الدين، قلنا: نعم لكنه لا يتكامل إلا بدين الإسلام لأنه نعمة فيكون الزنا من المسلم وضع الكفران في موضع الشكر، ودين الكفر ليس بنعمة فلا يكون في كونه زاجراً مثله.

وأما حديث رجم اليهوديين فيحتمل أنه كان قبل نزول آية الجلد فانتسخ بها ويحتمل أنه كان بعد نزولها، ونسخ خبر الواحد أهون من نسخ الكتاب العزيز. وإحصان كل واحد من الزانيين ليس بشرط لوجوب الرجم على أحدهما/، حتى لو كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن فالمحصن منهما يرجم وغير المحصن يجلد ثم إذا ظهر إحصان الزاني بالبينة أو بالإقرار يرجم بالنص والمعقول.

أما النص فالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لاَ يَحِلُّ دَمُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِإِحْدَى مَعَانٍ ثَلاَثٍ: كُفْرٌ بَعْدَ إِيْمَان وزِنَا بَعْد إِحْصَانٍ وقَتْلُ نَفْسٍ بِغَيْرِ حَقٍ»[٢]، وروي: «أنه عليه الصلاة والسلام رَجَمَ مَاعِزاً وكَانَ مُحْصَناً»[٣].

وأما المعقول: فهوأن المحصن إذا توفرت عليه الموانع من الزنا، فإذا أقدم عليه مع توفر الموانع صار زناه غاية في القبح فيجازى بما هو غاية في العقوبات الدنيوية وهو الرجم، لأن الجزاء على قدر الجناية. ألا ترى أن الله سبحانه وتعالى توعد نساء النبي عليه الصلاة والسلام بمضاعفة العذاب إذا أتين بفاحشة لعظم جنايتهن لحصولها مع توفر الموانع فيهن لعظم نعم الله سبحانه وتعالى عليهن لنيلهن صحبة رسول الله ﷺ ومضاجعته فكانت جنايتهن على تقدير الإتيان غاية في القبح فأوعدن بالغاية من الجزاء. كذا ههنا.

ولا يجمع بين الجلد والرجم عند عامة العلماء. وقال بعض الناس: يجمع بينهما لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «والثَّيِّبُ بِالثَّيبِ جَلدُ مائةٍ ورَجَمٌ بالحِجَارَةِ»[٤].

---

(١) أخرجه الدارقطني في «السنن» (٣/ ١٤٧) عن ابن عمر وقال: وهو ضعيف في رفعه والصواب موقوف من قول ابن عمر.
وأخرجه أيضاً من طريق آخر، وقال: ولم يرفعه غير إسحاق ويقال إنه رجع عنه، والصواب موقوف.
وأخرجه البيهقي عن ابن عمر موقوفاً وقال: هكذا رواه أصحاب نافع عن نافع ونقل عن الدارقطني قوله السابق (٨/ ٢١٦).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٣٨٢، ٤٢٨) والبخاري في «الصحيح» كتاب الديات باب قول الله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس...﴾ (٦٨٧٨) ومسلم في «الصحيح» كتاب القسامة باب ما يباح به دم المسلم (١٦٧٦) وأبو داود في «السنن» كتاب الحدود باب الحكم فيمن ارتد (٤٣٥٢) والترمذي في «السنن» كتاب الديات باب ما جاء لا يحل دم امرىء إلا بإحدى ثلاث (١٤٠٢) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢١٣، ٢٨٣، ٢٨٤).

(٣) أخرجه أحمد في «المسند» (٣/ ٣٢٣) وعبد الرزاق في «المصنف» (١٣٣٣٧).
والبخاري في «الصحيح» كتاب الحدود باب الرجم بالمصلى (٦٨٢٠).
ومسلم في «الصحيح» كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩١).
وأبو داود في «السنن» كتاب الحدود باب رجم ماعز بن مالك (٤٤٣٠).
والترمذي في «السنن» كتاب الحدود باب ما جاء في درىء الحد عن المعترف إذا رجع (١٤٢٩) وابن حبان في «صحيحه» كتاب الجنائز، فصل في الصلاة على الجنازة (٣٠٩٤) عن جابر.

(٤) تقدم.

ولنا: «أنه عليه الصلاة والسلام رَجَمَ ماعِزاً ولَمْ يَجْلِدْه»[١]، ولو وجب الجمع بينهما لجمع. ولأن الزنا جناية واحدة فلا يوجب إلا عقوبة واحدة. والجلد والرجم كل واحد منهما عقوبة على حدة فلا يجبان لجناية واحدة. والحديث محمول على الجمع بينهما في الجلد والرجم، لكن في حالين فيكون عملاً بالحديث. وإذا فقد شرط من شرائط الإحصان لا يرجم بل يجلد. لأن الواجب بنفس الزنا هو الجلد بآية الجلد. ولأن زنا غير المحصن لا يبلغ غاية في القبح فلا تبلغ عقوبته النهاية فيكتفي بالجلد، وهل يجمع بين الجلد والتغريب؟ اختلف فيه، قال أصحابنا: لا يجمع إلا إذا رأى الإمام المصلحة في الجمع بينهما فيجمع. وقال الشافعي رحمه الله: يجمع بينهما. احتج بما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «البِكْرُ بِالبِكْرِ جَلْدُ مَائَةٍ وتَغْرِيبُ عَامٍ»[٢].

وروي عن سيدنا عمر رضي الله عنه: «أَنَّهُ جَلَدَ وغَرَّبَ»[٣] وكذا روي عن سيدنا علي رضي الله عنه: «أَنَّهُ فَعَل كَذَا ولَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِمَا أَحَدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ فَيَكُونُ إِجْمَاعاً»، ولنا قوله عز وجل: ﴿الزَّانِيَةُ والزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَائَةَ جَلْدَةٍ﴾[٤] والاستدلال به من وجهين:

أحدهما: أنه عز وجل أمر بجلد الزانية والزاني ولم يذكر التغريب، فمن أوجبه/ فقد زاد على كتاب الله عز وجل، والزيادة عليه نسخ، ولا يجوز نسخ النص بخبر الواحد.

والثاني: أنه سبحانه وتعالى جعل الجلد جزاء والجزاء اسم لما تقع به الكفاية مأخوذ من الاجتزاء وهو الاكتفاء، فلو أوجبنا التغريب لا تقع الكفاية بالجلد. وهذا خلاف النص، ولأن التغريب تعريض للمغرب على الزنا، لأنه ما دام في بلده يمتنع عن العشائر والمعارف حياء منهم، وبالتغريب يزول هذا المعنى فيعرى الداعي عن الموانع فيقدم عليه، والزنا قبيح فما أفضى إليه مثله، وفعل الصحابة محمول على أنهم رأوا ذلك مصلحة على طريق التعزير. ألا يرى أنه روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه: «أَنَّهُ نَفَى رجُلاً فَلَحِقَ بالرُّومِ فَقَالَ: لاَ أَنْفِي بَعْدَهَا أَبَداً»[٥].

وعن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: «كَفَى بالنَفْيِ فِتْنَةً»[٦]، فدل أن فعلهم كان على طريق التعزير ونحن به نقول: إن للإمام أن ينفي إن رأى المصلحة في التغريب ويكون النفي تعزيراً لا حداً. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما إحصان القذف فنذكره في حد القذف إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما حد الشرب فسبب وجوبه الشرب، وهو شرب الخمر خاصة حتى يجب الحد بشرب قليلها

(١) تقدم.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) سورة النور، الآية: (٢).
(٥) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٣٣٢٠).
(٦) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٣٣٢٠، ١٣٣٢٧).

وكثيرها، ولا يتوقف الوجوب على حصول السكر منها. وحد السكر سبب وجوبه السكر الحاصل بشرب ما سوى الخمر من الأشربة المعهودة المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب والمطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب أو التمر والمثلث ونحو ذلك. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما شرائط وجوبها فمنها: العقل، ومنها: البلوغ. فلا حد على المجنون والصبـي الذي لا يعقل. ومنها: الإسلام. فلا حد على الذمي والحربـي المستأمن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية. ومنها عدم الضرورة في شرب الخمر، فلا حد على من أكره على شرب خمر ولا على من أصابته مخمصة، وإنما كان كذلك لأن الحد عقوبة محضة فتستدعي جناية محضة، وفعل الصبـي والمجنون لا يوصف بالجناية. وكذا الشرب لضرورة المخمصة والإكراه حلال فلم يكن جناية وشرب الخمر مباح لأهل الذمة عند أكثر مشايخنا فلا يكون جناية، وعند بعضهم وإن كان حراماً لكنا نهينا عن التعرض لهم وما يدينون، وفي إقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى لأنها تمنعهم من الشرب.

وعن الحسن بن زياد/ : أنهم إذا شربوا وسكروا يحدون لأجل السكر لا لأجل الشرب لأن السكر حرام في الأديان كلها. وما قاله الحسن حسن.

ومنها: بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب في حد الشرب لأن وجوب الحد بالشرب تعلق به حتى لو خلط الخمر بالماء ثم شرب نظر فيه إن كانت الغلبة للماء لا حد عليه لأن اسم الخمرية يزول عند غلبة الماء، وإن كانت الغلبة للخمر أو كانا سواء يحد. لأن اسم الخمر باق وهي عادة بعض الشربة أنهم يشربونها ممزوجة بالماء. وكذلك من شرب دردي الخمر لا حد عليه لأن دردي الخمر لا يسمى خمراً وإن كان لا يخلو عن أجزاء الخمر.

فأما الذكورة فليست بشرط حتى يجب الحد على الذكر والأنثى. وأما الحرية فكذلك إلا أن حق الرقيق يكون على النصف من حد الحر، ولا حق على من توجد منه رائحة الخمر. لأن وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر لجواز أنه تمضمض بها ولم يشربها أو شربها عن إكراه أو مخمصة. وكذلك من تقيأ خمراً لا حد عليه لما قلنا. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الأشربة التي تتخذ من الأطعمة، كالحنطة والشعير والدخن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحد بشربها لأن شربها حلال عندهما، وعند محمد وإن كان حراماً لكن هي حرمة محل الاجتهاد فلم يكن شربها جناية محضة فلا تتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح، لأن الشرب إذا لم يكن حراماً أصلاً، فلا عبرة بنفس السكر، كشرب البنج ونحوه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما حذ القذف فسبب وجوبه القذف بالزنا، لأنه نسبه إلى الزنا وفيها إلحاق العار بالمقذوف، فيجب الحد دفعاً للعار عنه. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما شرائط وجوبه فأنوع: بعضها يرجع إلى القاذف، وبعضها يرجع إلى المقذوف، وبعضها يرجع إليهما جميعاً، وبعضها يرجع إلى المقذوف به، وبعضها يرجع إلى المقذوف فيه، وبعضها يرجع إلى نفس القذف.

أما الذي يرجع إلى القاذف فأنواع ثلاثة: أحدها العقل، والثاني البلوغ حتى لو كان القاذف صبياً أو مجنوناً لا حد عليه، لأن الحد عقوبة فيستدعي كون القذف جناية، وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جناية، والثالث عدم إثباته بأربعة شهداء فإن أتى بهم لا حد عليه/ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾[١]، علق سبحانه وتعالى وجوب إقامة الحد بعد الإثبات بأربعة شهود. وليس المراد منه عدم الإتيان في جميع العمر بل عند القذف والخصومة، إذ لو حمل على الأبد لما أقيم حد أصلاً، إذ لا يقام بعد الموت، ولأن الحد إنما وجب لدفع عار الزنا عن المقذوف، وإذا ظهر زناه بشهادة الأربعة لا يحتمل الاندفاع بالحد، ولأن هذا شرط يزجر عن قذف المحصنات.

وأما حرية القاذف وإسلامه وعفته عن فعل الزنا فليس بشرط، فيحد الرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا، والشرط إحصان المقذوف لا إحصان القاذف، والله سبحانه وتعالى الموفق.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المقذوف فشيئان:

أحدهما: أن يكون محصناً، رجلاً كان أو امرأة، وشرائط إحصان القذف خمسة: العقل والبلوغ والحرية والإسلام والعفة عن الزنا، فلا يجب الحد بقذف الصبي والمجنون والرقيق والكافر ومن لا عفة له عن الزنا.

أما العقل والبلوغ فلأن الزنا لا يتصور من الصبي والمجنون فكان قذفهما بالزنا كذباً محضاً فيوجب التعزير لا الحد.

وأما الحرية فلأن الله سبحانه وتعالى شرط الإحصان في آية القذف وهي قوله تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾[٢]، والمراد من المحصنات ههنا الحرائر لا العفائف عن الزنا، فدل أن الحرية شرط، ولأنا لو أوجبنا على قاذف المملوك الجلد لأوجبنا ثمانين، وهو لو أتى بحقيقة الزنا لا يجلد إلا خمسين. وهذا لا يجوز لأن القذف نسبة إلى الزنا وأنه دون حقيقة الزنا.

وأما الإسلام والعفة عن الزنا فلقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[٣] والمحصنات الحرائر والغافلات والعفائف عن الزنا والمؤمنات معلومة، فدل أن الإيمان والعفة عن الزنا والحرية شرط، ودلت هذه الآية على أن المراد من المحصنات في هذه الآية الحرائر لا العفائف، لأنه سبحانه وتعالى جمع في هذه الآية بين المحصنات والغافلات في الذكر والغافلات العفائف، فلو أريد بالمحصنات العفائف لكان تكراراً، ولأن الحد إنما يجب لدفع العار عن المقذوف ومن لا عفة له عن الزنا لا يلحقه العار بالقذف بالزنا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمحصن»[٤]، يدل على/ أن الإسلام شرط، ولأن الحد إنما وجب بالقذف دفعاً لعار الزنا عن المقذوف وما في الكافر من عار الكفر

---

(١) سورة النور، الآية: (٤).
(٢) سورة النور، الآية: (٤).
(٣) سورة النور، الآية: (٢٣).
(٤) تقدم تخريجه.

أعظم والله سبحانه وتعالى أعلم.

ثم تفسير العفة عن الزنا هو إن لم يكن المقذوف وطىء في عمره وطأ حراماً في غير ملك ولا نكاح أصلاً، ولا في نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه في السلف فإن كان فعل سقطت عفته، سواء كان الوطء زنا موجباً للحد أو لم يكن بعد أن يكون على الوصف الذي ذكرنا. وإن كان وطىء وطأ حراماً لكن في الملك أو النكاح حقيقة، أو في نكاح فاسد، لكن فساداً هو محل الاجتهاد لا تسقط عفته.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا وطىء امرأة بشبهة بأن زفت إليه غير امرأته فوطئها سقطت عفته لوجود الوطء الحرام في غير ملك ولا نكاح أصلاً إلا أنه لم يجب الحد لقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر على ما ذكرنا فيما تقدم، وكذلك إذا وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره، لأن الوطء يصادف كل الجارية، وكلها ليس ملكه فيصادف ملك الغير لا محالة فكان الفعل زنا من وجه لكن درىء الحد للشبهة.

وكذلك إذا وطىء جارية أبويه أو زوجته أو جارية اشتراها وهو يعلم أنها لغير البائع ثم استحقت لما قلنا. وكذلك لو وطىء جارية ابنه فأعلقها أو لم يعلقها لوجود الوطء المحرم في غير ملك حقيقة. ولو وطىء الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المحرمة أو الحرة التي ظاهر منها أو الأمة المزوجة لم تسقط عفته لقيام الملك أو النكاح حقيقة وأنه محلل. إلا أنه منع من الوطء لغيره. وكذا إذا وطىء مكاتبته في قولهما، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية أخرى عنه، وهو قول زفر تسقط عفته.

وجه قولهما: أن هذا وطء حصل في غير الملك، لأن عقد الكتابة أوجب زوال الملك في حق الوطء، ألا ترى أنه لا يباح له أن يطأها، وكذا المهر يكون لها لا للمولى. وهذا دليل زوال الملك في حق الوطء.

ولنا: أن الوطء يصادف الذات وملك الذات قائم بعد الكتابة فكان الملك المحلل قائماً، وإنما الزائل ملك اليد فمنع من الوطء لما فيه من استرداد يدها على نفسها فأشبهت الجارية المزوجة، ولو تزوج معتدة الغير أو منكوحة الغير أو مجوسية أو أخته من الرضاع سقطت/ عفته سواء علم أو لم يعلم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما إذا كان لا يعلم لا تسقط.

وجه قولهما: أنه إذا لم يعلم لا يكون الوطء حراماً، بدليل أنه لا يأثم، ولو كان حراماً لأثم، وإذا لم يكن حراماً لم تسقط العفة. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حرمة الوطء ههنا ثابتة بالإجماع، إلا أن الإثم منتف، والإثم ليس من لوازم الحرمة على ما عرف. وإذا كانت الحرمة ثابتة بيقين سقطت العفة. ولو قبل امرأة بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ثم تزوج بابنتها فوطئها أو تزوج بأمها فوطئها لا تسقط عفته في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تسقط.

وجه قولهما: أن التقبيل أو النظر أوجب حرمة المصاهرة وأنها حرمة مؤبدة فتسقط العصمة، كحرمة الرحم المحرم. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن هذه الحرمة ليست مجمعاً عليها بل هي محل الاجتهاد في السلف فلا تسقط العفة.

فأما إذا تزوج امرأة فوطئها ثم تزوج ابنتها أو أمها فوطئها سقطت عفته بالإجماع، لأن هذا النكاح مجمع على فساده فلم يكن محل الاجتهاد. ولو تزوج امرأة بغير شهود فوطئها سقطت عفته لأن فساد هذا

النكاح مجمع عليه لا اختلاف فيه في السلف، إذ لا يعرف الخلاف فيه بين الصحابة فلا يعتد بخلاف مالك فيه.

ولو تزوج أمة وحرة في عقدة واحدة فوطئهما، أو تزوج أمة على حرة فوطئهما لم تسقط عفته، لأن فساد هذا النكاح ليس مجمعاً عليه في السلف، بل هو محل الاجتهاد، فالوطء فيه لا يوجب سقوط العفة. ولو تزوج ذمي امرأة ذات رحم محرم منه ثم أسلم فقذفه رجل. إن كان قد دخل بها بعد الإسلام سقطت عفته بالإجماع. وإن كان الدخول في حال الكفر لم تسقط في قول أبـي حنيفة، وعندهما تسقط. هكذا ذكر الكرخي.

وذكر محمد رحمه الله في «الأصل»: أنه يشترط إحصانه ولم يذكر الخلاف، وهو الصحيح لأن هذا النكاح مجمع على فساده. وإنما سقط الحد على أصل أبـي حنيفة عليه الرحمة لنوع شبهة والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولا حد على من قذف امرأة محدودة في الزنا أو معها ولد لا يعرف له أب أو لاعنت بولد لأن إمارة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة. فإن لاعنت بغير الولد أو مع الولد لكنه لم يقطع/ النسب. أو قطع لكن الزوج عاد وأكذب نفسه وألحق النسب بالأب حد لأنه لم يظهر منها علامة الزنا فكانت عفيفة.

والثاني: أن يكون المقذوف معلوماً فإن كان مجهولاً لا يجب الحد. كما إذا قال لجماعة: كلكم زان إلا واحداً. أو قال: ليس فيكم زان إلا واحد. أو قال لرجلين: أحدكما زان لأن المقذوف مجهول.

ولو قال لرجلين: أحدكما زان فقال له رجل: أحدهما هذا؟ فقال: لا لا. حد للآخر. لأنه لم يقذف بصريح الزنا ولا بما هو في معنى الصريح. ولو قال لرجل: جدك زان لا حد عليه لأن اسم الجد ينطلق على الأسفل وعلى الأعلى فكان المقذوف مجهولاً. ولو قال لرجل: أخوك زان فإن كان له إخوة أو أخوان سواه لا حد على القاذف لأن المقذوف مجهول. وإن لم يكن له إلا أخ واحد فعليه الحد إذا حضر وطالب. لأن المقذوف معلوم وليس لهذا الأخ ولاية المطالبة لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما حياة المقذوف وقت القذف فليس بشرط لوجوب الحد على القاذف حتى يجب الحد بقذف الميت لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما الذي يرجع إليهما جميعاً فواحد وهو أن لا يكون القاذف أب المقذوف ولا جده وإن علا ولا أمه ولا جدته وإن علت فإن كان لا حد عليه لقول الله تعالى: ﴿ولاَ تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾[1]، والنهي عن التأفيف نصاً نهي عن الضرب دلالة. ولهذا لا يقتل به قصاصاً. ولقوله تبارك وتعالى: ﴿وَبِالوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً﴾[2] والمطالب بالقذف ليس من الإحسان في شيء فكان منفياً بالنص، ولأن توقير الأب واحترامه واجب شرعاً وعقلاً، والمطالبة بالقذف للجد ترك التعظيم والاحترام فكان حراماً. والله سبحانه وتعالى الموفق.

---

(١) سورة الإسراء، الآية: (٢٣).
(٢) سورة النساء، الآية: (٣٦).

فصل: وأما الذي يرجع إلى المقذوف به فنوعان:

أحدهما: أن يكون القذف بصريح الزنا وما يجري مجرى الصريح وهو نفي النسب، فإن كان بالكناية لا يوجب الحد لأن الكناية محتملة والحد لا يجب مع الشبهة فمع الاحتمال أولى.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا قال لرجل: يا زاني أو قال: زنيت أو قال: أنت زانٍ يحد لأنه أتى بصريح القذف بالزنا.

ولو قال: يا زانيء بالهمز أو زنأت بالهمز يحد. ولو قال: عنيت به الصعود في الجبل لا يصدق لأن العامة لا تفرق بين المهموز والملين. وكذا من العرب/ من يهمز الملين فبقي مجرد النية فلا يعتبر. ولو قال: زنأت في الجبل يحد، ولو قال: عنيت به الصعود في الجبل لا يصدق في قولهما. وعند محمد رحمه الله: يصدق. ولو قال: زنأت على الجبل وقال: عنيت به الصعود لا يصدق بالإجماع.

وجه قول محمد رحمه الله: أن الزنا الذي هو فاحشة ملين. يقال: زنا يزني زنا، والزنا الذي هو صعود مهموز يقال: زنأ يزنأ زنأ. وقال الشاعر:

وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل

وأراد به الصعود إلا أنه إذا لم يقل عنيت به الصعود حمل على الزنا المعروف لأن اسم الزنا يستعمل في الفجور عرفاً وعادة، وإذا قال: عنيت به الصعود فقد عنى به ما هو موجب اللفظ لغة فلزم اعتباره.

وجه قولهما: أن اسم الزنا يستعمل في الفجور عرفاً وعادة والعامة لا تفصل بين المهموز والملين، بل تستعمل المهموز مليناً والملين مهموزاً فلا يصدق في الصرف عن المتعارف، كما إذا قال: زنيت في الجبل وقال: عنيت به الصعود. أو زنأت ولم يذكر الجبل، إلا أنه استعمل كلمة ﴿في﴾ مكان كلمة على وأنه جائز قال الله سبحانه وتعالى: ﴿ولأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جِذُوعِ النَّخْلِ﴾[1] أي على جذوع النخل. ومن مشايخنا من علل لهما بأن المهموز منه يحتمل معنى الملين وهو الزنا المعروف لأن من العرب من يهمز الملين فيتعين معنى الملين بدلالة الحال وهي حال الغضب لأن المسألة مقصورة فيها.

وإذا قال: زنأت على الجبل، وقال: عنيت به الصعود لم يصدق لأنه لا تستعمل كلمة على في الصعود فلا يقال: صعد على الجبل وإنما يقال: صعد في الجبل. ولو قال لرجل: يا ابن الزاني فهو قاذف لأبيه، كأنه قال: أبوك زاني. ولو قال: يا ابن الزانية فهو قاذف لأمه، كأنه قال: أمك زانية، ولو قال: يا ابن الزاني والزانية فهو قاذف لأبيه وأمه، كأنه قال: أبواك زانيان.

ولو قال: يا ابن الزنا أو يا ولد الزنا كان قذفاً، لأن معناه في عرف الناس وعادتهم إنك مخلوق من ماء الزنا. ولو قال: يا ابن الزانيتين يكون قذفاً ويعتبر إحصان أمه التي ولدته لا إحصان جدته، حتى لو كانت أمه مسلمة فعليه الحد وإن كانت جدته كافرة، وإن كانت أمه كافرة فلا حد عليه، وإن كانت جدته مسلمة لأن أمه في الحقيقة والدته والجدة/ تسمى أما مجازاً، وكذلك لو قال: يا ابن مائة زانية أو يا ابن ألف زانية يكون

---

(١) سورة طه، الآية: (٧١).

قاذفاً لأمه ويعتبر في الإحصان حال الأم لما قلنا، ويكون المراد من العدد المذكور عدد المرات لا عدد الأشخاص. أي: أمك زنت مائة مرة أو ألف مرة.

ولو قال: يا ابن القحبة لم يكن قاذفاً لأن هذا الاسم كما يطلق على الزانية يستعمل على المهيأة المستعدة للزنا وإن لم تزن، فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال. وكذلك لو قال: يا ابن الدعية لأن الدعية هي المرأة المنسوبة إلى قبيلة لا نسب لها منهم. وهذا لا يدل على كونها زانية، لجواز ثبوت نسبها من غيرهم. ولو قال لرجل: يا زاني، فقال الرجل: لا بل أنت الزاني، أو قال: لا بل أنت يحدان جميعاً، لأن كل واحد منهما قذف صاحبه صريحاً.

ولو قال لامرأة: يا زانية فقالت: زنيت بك لا حد على الرجل لأن المرأة صدقته في القذف فخرج قذفه من أن يكون موجباً للحد، وتحد المرأة لأنها قذفته بالزنا نصاً ولم يوجد منه التصديق، ولو قال لامرأة: يا زانية فقالت زنيت معك لا حد على الرجل ولا على المرأة، أما على الرجل فلوجود التصديق منها إياه، وأما على المرأة فلأن قولها زنيت معك يحتمل أن يكون المراد منه زنيت بك ويحتمل أن يكون معناه زنيت بحضرتك فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال، ولو قال لامرأته: يا زانية فقالت: لا بل أنت، حدت المرأة حد القذف ولا لعان على الرجل، لأن كل واحد من الزوجين قذف صاحبه، وقذف المرأة يوجب حد القذف وقذف الزوج امرأته يوجب اللعان وكل واحد منهما حد. وفي البداية بحد المرأة إسقاط الحد عن الرجل لأن اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان والمحدود في القذف لا شهادة له.

ونظير هذا ما قالوا فيمن قال لامرأته: يا زانية بنت الزانية فخاصمت الأم أولاً فحد الزوج حد القذف سقط اللعان لأنه بطلت شهادته. ولو خاصمت المرأة أولاً فلاعن القاضي بينهما ثم خاصمت الأم يحد الرجل حد القذف. ولو قال لامرأته: يا زانية فقالت: زنيت بك لا حد ولا لعان. لأنه يحتمل أنها أرادت بقولها زنيت بك أي: قبل النكاح ويحتمل أنها أرادت أي ما مكنت من الوطء غيرك. فإن كان ذلك زنا فهو زنا لأن هذا متعارف فإن أرادت الأول/ لا يجب اللعان ويجب الحد لأنها أقرت بالزنا، وإن أرادت به الثاني يجب اللعان لأن الزوج قذفها بالزنا وهي لم تصدقه فيما قذفها به ولا حد عليها فوقع الاحتمال في ثبوت كل واحد منهما فلا يثبت.

ولو قال لامرأة: أنت زانية فقالت المرأة: أنت أزنىٰ مني يحد الرجل ولا تحد المرأة. أما الرجل فلأنه قذفها بصريح الزنا ولم يوجد منها التصديق. وأما المرأة فلأن قولها أنت أزنىٰ مني يحتمل أنها أرادت به النسبة إلى الزنا على الترجيح، ويحتمل أنها أرادت أنت أقدر على الزنا وأعلم به مني فلا يحمل على القذف مع الاحتمال.

وكذلك إذا قال الإنسان: أنت أزنىٰ الناس، أو أزنى الزناة، أو أزنى من فلان لا حد عليه لما قلنا.

وروي عن أبـي يوسف: أنه فرق بين قوله أزنى الناس وبين قوله أزنى مني أو من فلان فقال في الأول: يحد وفي الثاني لا يحد.

ووجه الفرق له: أن قوله أنت أزنى الناس أمكن حمله على ما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح في

وجود فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس في الجملة فيحمل عليه.

وقوله: أنت أزنى مني أو من فلان لا يمكن حمله على الترجيح في وجود الزنا لجواز أنه لم يوجد الزنا منه أو من فلان فيحمل على الترجيح في القدرة أو العلم فلا يكون قذفاً بالزنا. ولو قال لرجل: زنيت وفلان معك كان قاذفاً لهما، لأنه قذف أحدهما وعطف الآخر عليه بحرف الواو وأنها للجمع المطلق فكان مخبراً عن وجود الزنا من كل واحد منهما.

رجلان استبا فقال أحدهما لصاحبه: ما أبي بزان ولا أمي بزانية لم يكن هذا قذفاً لأن ظاهره نفي الزنا عن أبيه وعن أمه إلا أنه قد يكنى بهذا الكلام عن نسبة أب صاحبه وأمه إلى الزنا لكن القذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد. ولو قال لرجل: أنت تزني لا حد عليه لأن هذا اللفظ يستعمل للاستقبال ويستعمل للحال فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال. وكذلك لو قال: أنت تزني وأنا أضرب الحد لأن مثل هذا الكلام في عرف الناس لا يدل على قصد القذف وإنما يدل على طريق ضرب المثل على الاستعجاب أن كيف تكون العقوبة على إنسان والجناية من غيره، كما قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[(١)].

ولو قال لامرأة: ما رأيت زانية/ خيراً منك، أو قال لرجل: ما رأيت زانياً خيراً منك لم يكن قذفاً لأنه ما جعل هذا المذكور خير الزناة وإنما جعله خيراً من الزناة. وهذا لا يقتضي وجود الزنا منه. ولو قال لامرأة: زنا بك زوجك قبل أن يتزوجك فهو قاذف، فإنه نسب زوجها إلى زنا حصل منه قبل التزوج في كلام موصول فيكون قذفاً.

ولو قال لامرأة: وطئك فلان وطأ حراماً، أو جامعك حراماً، أو فجر بك أو قال لرجل: وطئت فلانة حراماً، أو باضعتها أو جامعتها حراماً فلا حد عليه لأنه لم يوجد منه القذف بالزنا بل بالوطء الحرام، ويجوز أن يكون الوطء حراماً ولا يكون زنا كالوطء بشبهة ونحو ذلك.

ولو قال لغيره: اذهب إلى فلان فقل له: يا زاني أو يا ابن الزانية لم يكن المرسل قاذفاً لأنه أمر بالقذف ولم يقذف، وأما الرسول فإن ابتدأ فقال لا على وجه الرسالة: يا زاني، أو يا ابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد، وإن بلغه على وجه الرسالة بأن قال: أرسلني فلان إليك وأمرني أن أقول لك يا زاني أو يا ابن الزانية لا حد عليه لأنه لم يقذف بل أخبر عن قذف غيره، ولو قال لآخر: أخبرت أنك زانٍ أو أشهدت على ذلك لم يكن قاذفاً لأنه حكى خبر غيره بالقذف وإشهاد غيره بذلك فلم يكن قاذفاً.

ولو قال لرجل: يا لوطي لم يكن قاذفاً بالإجماع لأن هذا نسبة إلى قوم لوط فقط وهذا لا يقتضي أنه يعمل عملهم وهو اللواط. ولو أفصح وقال: أنت تعمل عمل قوم لوط وسمى ذلك لم يكن قاذفاً عند أبي حنيفة أيضاً وعندهما هو قاذف، بناءً على أن هذا الفعل ليس بزنا عند أبي حنيفة، وعندهما هو في معنى الزنا. والمسألة مرت في موضعها.

ولو قال لرجل: يا زاني فقال له آخر: صدقت يحد القاذف ولا حد على المصدق أما الأول فلوجود

---

(١) سورة الإسراء، الآية: (١٥).

لقذف الصريح منه، وأما المصدق فلأن قوله صدقت قذف بطريق الكناية. ولو قال: صدقت هو كما قلت يحد لأن هذا في معنى الصريح. ولو قال لرجل: أخوك زان فقال الرجل: لا بل أنت يحد الرجل، لأن كلمة لا بل لتأكيد الإثبات فقد قذف الأول بالزنا على سبيل التأكيد. وأما الأول فينظر إن كان للرجل إخوة أو أخوان سواه فلا حد عليه، وإن لم يكن له إلا أخ واحد فله أن يطالبه بالحد وليس لهذا الأخ المخاطب أن يطالبه لما ذكرنا فيما تقدم.

ولو قال: لست لأبيك فهو قاذف لأمه سواء قال: في غضب أو رضا، لأن هذا الكلام/ لا يذكر إلا لنفي النسب عن الأب فكان قذفاً لأمه. ولو قال: ليس هذا أبوك أو قال: لست أنت ابن فلان لأبيه أو قال أنت ابن فلان لأجنبي إن كان في حال الغضب فهو قذف، وإن كان في غير حال الغضب فليس بقذف لأن هذا الكلام قد يذكر لنفي النسب وقد يذكر لنفي التشبه في الأخلاق، أي أخلاقك لا تشبه أخلاق أبيك، أو أخلاقك تشبه أخلاق فلان الأجنبي فلا يجعل قذفاً مع الشك والاحتمال.

وكذلك إذا قال لرجل: يا ابن مزيقيا أو يا ابن ماء السماء أنه يكون قذفاً في حالة الغضب لا في حالة الرضا، لأنه يحتمل أنه أراد به نفي النسب ويحتمل أنه أراد به المدح بالتشبيه برجلين من سادات العرب، فعامر بن حارثة كان يسمى ماء السماء لصفائه وسخائه، وعمرو بن عامر كان يسمى المزيقيا لمزقه الثياب، إذ كان ذا ثروة ونخوة، كان يلبس كل يوم ثوباً جديداً، فإذا أمسى خلعه ومزقه لئلا يلبسه غيره فيساويه، فيحكم الحال في ذلك فإن كان في حال الغضب فالظاهر أنه أراد به نفي النسب فيكون قذفاً، وإن كان في حال الرضا فالظاهر أنه أراد به المدح فلم يكن قذفاً.

ولو قال لرجل: أنت ابن فلان لعمه أو لخاله أو لزوج أمه لم يكن قذفاً، لأن العم يسمى أباً وكذلك الخال وزوج الأم. قال الله سبحانه وتعالى: ﴿قَالُوا نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ﴾[1] وإسماعيل كان عم يعقوب عليه السلام وقد سماه أباه. وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى الْعَرْشِ﴾[2] وقيل: إنهما أبوه وخالته، وإذا كانت الخالة أماً كان الخال أباً.

وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ ابْنِي مِنْ أَهْلِي﴾[3] قيل في التفسير: إنه كان ابن امرأته من غيره.

ولو قال: لست بابن فلان لجده لم يكن قاذفاً لأنه صادق في كلامه حقيقة، لأن الجد لا يسمى أباً حقيقة بل مجازاً.

ولو قال للعربي: يا نبطي لم يكن قذفاً. وكذلك إذا قال: لست من بني فلان للقبيلة التي هو منها لم يكن قاذفاً عند عامة العلماء، وقال ابن أبي ليلى: يكون قذفاً. والصحيح قول العامة، لأن بقوله يا نبطي لم يقذفه ولكنه نسبه إلى غير بلده كمن قال للبلدي: يا رستاقي.

وكذلك إذا قال: يا ابن الخياط أو يا ابن الأصفر أو الأسود وأبوه ليس كذلك لم يكن قاذفاً بل يكون

(١) سورة البقرة، الآية: (١٣٣).
(٢) سورة يوسف، الآية: (١٠٠).
(٣) سورة هود، الآية: (٤٥).

كاذباً. وكذلك إذا قال: يا ابن الأقطع أو يا ابن الأعور وأبوه ليس كذلك يكون كاذباً لا قاذفاً، كما إذا قال/ للبصير: يا أعمى. ثم القذف بلسان العرب وغيره سواء ويجب الحد، لأن معنى القذف هو النسبة إلى الزنا وهذا يتحقق بكل لسان. والله تعالى أعلم.

والثاني: أن يكون المقذوف به متصور الوجود من المقذوف، فإن كان لا يتصور لم يكن قاذفاً.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لآخر زنى: فخذك أو ظهرك أنه لا حد عليه. لأن الزنا لا يتصور من هذه الأعضاء حقيقة فكان المراد منه المجاز من طريق النسب، كما قال عليه الصلاة والسلام: «العَيْنَانِ تَزْنِيَانِ واليَدَانِ تَزْنِيَانِ وَالرِّجْلانِ تَزْنِيَانِ والفَرْجُ يُصَدِّقُ ذَلِكَ كُلَّهُ أَوْ يُكَذِّبُهُ»[1].

وكذلك لو قال: زنيت بأصبعك، لأن الزنا بالإصبع لا يتصور حقيقة. ولو قال: زنى فرجك يحد لأن الزنا بالفرج يتحقق، كأنه قال: زنيت بفرجك. ولو قال لامرأة: زنيت بفرس أو حمار أو بعير أو ثور لا حد عليه لأنه يحتمل أنه أراد به تمكينها من هذه الحيوانات لأن ذلك متصور حقيقة. ويحتمل أنه أراد به جعل هذه الحيوانات عوضاً وأجرة على الزنا. فإن أراد به الأول لا يكون قذفاً لأنها بالتمكين منها لا تصير مزنياً بها لعدم تصور الزنا من البهيمة، وإن أراد به الثاني يكون قذفاً. كما إذا قال: زنيت بالدراهم أو بالدنانير أو بشيء من الأمتعة فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال.

ولو قال لها: زنيت بناقة أو ببقرة أو أتان أو رمكة فعليه الحد لأنه تعذر حمله على التمكين فيحمل على العوض. لأن حرف الباء قد يستعمل في الأعواض ولو قال ذلك لرجل لم يكن قذفاً في جميع ذلك. سواء كان ذكراً أو أنثى لأنه يمكن حمله على حقيقة الوطء ووطؤها لا يتصور أن يكون زناً فلا يكون قذفاً، ويمكن حمله على العوض فيكون قذفاً فوقع الاحتمال في كونه قذفاً فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال.

ومن مشايخنا من فصل بين الذكر والأنثى فقال: يكون قذفاً في الذكر لا في الأنثى، لأن فعل الوطء من الرجل يوجد في الأنثى فلا يحمل على العوض ولا يوجد في الذكر فيحمل على العوض، والصحيح أنه لا فرق بين الذكر والأنثى، لأن الوطء يتصور في الصنفين في الجملة.

ولو قال لامرأة: زنيت وأنت مكرهة أو معتوهة أو مجنونة أو نائمة لم يكن قذفاً لأنه نسبها إلى الزنا في حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذباً لا قذفاً. وبمثله لو قال لأمة أعتقت: زنيت وأنت أمة، أو قال لكافرة أسلمت: زنيت وأنت كافرة يكون قذفاً وعليه الحد، لأن في المسألة الأولى/ قذفها للحال بالزنا في حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذباً لا قذفاً. وفي المسألة الثانية قذفها للحال لوجود الزنا منها في حال يتصور منها الزنا وهي حال الرق والكفر، لأنهما لا يمنعان وقوع الفعل زنا، وإنما يمنعان الإحصان، والإحصان يشترط وجوده وقت القذف لأنه السبب الموجب للحد وقد وجد. ولو قال لإنسان: لست لأمك لا حد عليه لأنه كذب محض، لأنه نفئ النسب من الأم ونفي النسب من الأم لا

---

(١) أخرجه أحمد (٢/٤١١) والطحاوي في «مشكل الآثار» (٣/٢٩٨) وابن حبان في «صحيحه» كتاب الحدود باب الزنى وحده (٤٤١٩) بلفظه ومعناه في البخاري في «الصحيح» كتاب الاستئذان باب زنى الجوارح دون الفرج (٦٢٤٣) ومسلم في «الصحيح» كتاب القدر باب قدر على ابن آدم حظه من الزنى وغيره (٢٦٥٧).

يتصور. ألا ترى أن أمه ولدته حقيقة.

وكذلك لو قال له: لست لأبويك لأنه نفىٰ نسبه عنهما ولا ينتفي عن الأم لأنها ولدته فيكون كذباً. بخلاف قوله لست لأبيك لأن ذلك ليس بنفي لولادة الأم بل هو نفي النسب عن الأب ونفي النسب عن الأب يكون قذفاً للأم وكذلك لو قال له: لست لأبيك ولست لأمك في كلام موصول لم يكن قذفاً، لأن هذا وقوله لست لأبويك سواء.

ولو قال له: لست لآدم أو لست لرجل أو لست لإنسان لا حد عليه لأنه كذب محض، لأن نسبه لا يحتمل الانقطاع عن هؤلاء فكان كذباً محضاً لا قذفاً فلا يجب الحد.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال لرجل: يا زانية أنه لا يكون قذفاً عندهما، وعند محمد: يكون قذفاً.

وجه قوله: أن الهاء قد تدخل صلة زائدة في الكلام. قال الله تعالى عز شأنه خبراً عن الكفار: ﴿مَا أَغْنَى عَنِّيْ مَالِيَهْ * هَلَكَ عَنِّي سُلْطَانِيَه﴾[1] ومعناه مالي وسلطاني والهاء زائدة فيحذف الزائد فيبقى قوله يا زاني، وقد تدخل في الكلام للمبالغة في الصفة، كما يقال: علامة ونسابة ونحو ذلك فلا يختل به معنى القذف، يدل عليه أن حذفه في نعت المرأة لا يخل بمعنى القذف، حتى لو قال لامرأة: يا زاني يجب الحد بالإجماع فكذلك الزيادة في نعت الرجل.

ولهما: أنه قذفه بما لا يتصور فيلغو. ودليل عدم التصور أنه قذفه بفعل المرأة وهو التمكين، لأن الهاء في الزانية هاء التأنيث كالضاربة والقاتلة والسارقة ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل، بخلاف ما إذا قال لامرأة: يا زاني، لأنه أتى بمعنى الاسم وحذف الهاء، وهاء التأنيث قد تحذف في الجملة، كالحائض والطالق والحامل ونحو ذلك والله تعالى أعلم.

فصل: وأما الذي يرجع إلى المقذوف فيه وهو المكان فهو أن يكون القذف في دار العدل فإن كان في دار الحرب، أو في دار البغي فلا يوجب/ الحد لأن المقيم للحدود هم الأئمة ولا ولاية لإمام أهل العدل على دار الحرب ولا على دار البغي فلا يقدر على الإقامة فيهما، فالقذف فيهما لا ينعقد موجباً للحد حين وجوده فلا يحتمل الاستيفاء بعد ذلك، لأن الاستيفاء للواجب، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما الذي يرجع إلى نفس القذف فهو أن يكون مطلقاً عن الشرط والإضافة إلى وقت، فإن كان معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت لا يوجب الحد، لأن ذكر الشرط أو الوقت يمنع وقوعه قذفاً للحال، وعند وجود الشرط أو الوقت يجعل كأنه نجز القذف كما في سائر التعليقات والإضافات فكان قاذفاً تقديراً مع انعدام القذف حقيقة فلا يجب الحد.

وعلى هذا يخرج ما إذا قال رجل: من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن الزانية فقال رجل: أنا قلت، أنه لا حد على المبتدىء لأنه علق القذف بشرط القول وكذلك إذا قال لرجل: إن دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن الزانية فدخل لا حد على القائل لما قلنا. وكذا من قال لغيره: أنت زان أو ابن الزانية غداً أو رأس شهر كذا.

---

(١) سورة الحاقة، الآيتان: (٢٨، ٢٩).

فجاء الغد والشهر لا حد عليه لأن إضافة القذف إلى وقت يمنع تحقق القذف في الحال وفي المال على ما بينا والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضي فنقول وبالله التوفيق: الحدود كلها تظهر بالبينة والإقرار، لكن عند استجماع شرائطها. أما شرائط البينة القائمة على الحد فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض. أما الذي يعم الكل فالذكورة والأصالة، فلا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود كلها لتمكن زيادة شبهة فيها ذكرناها في كتاب الشهادات، والحدود لا تثبت مع الشبهات.

ولو ادعى القاذف أن المقذوف صدقه وأقام على ذلك رجلاً وامرأتين جاز، وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي، لأن الشهادة ههنا قامت على إسقاط الحد لا على إثباته، والشبهة تمنع من إثبات الحد لا من إسقاطه. وأما الذي يخص البعض دون البعض، فمنها عدم التقادم وأنه شرط في حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط في حد القذف، والفرق أن الشاهد إذا عاين الجريمة فهو مخير بين أداء الشهادة حسبه لله تعالى لقوله تعالى عز وجل: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ/ لِلَّهِ﴾[1]، وبين التستر على أخيه المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام؛ «مَنْ سَتَرَ عَلَى أَخِيهِ الْمُسْلِمِ سَتَرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فيه الآخِرَةِ»[2]، فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار جهة الستر، فإذا شهد بعد ذلك دل على أن الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته. لما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: «أَيُّمَا قَوْمٍ شَهِدُوا عَلَى حَدٍّ لَمْ يَشْهَدُوا عِنْدَ حَضْرَتِهِ فَإِنَّمَا شَهِدُوا عَنْ ضَغْنٍ وَلاَ شَهَادَةَ لَهُمْ». ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً.

فدل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على أن مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة وأنها غير مقبولة، ولأن التأخير والحالة هذه يورث تهمة ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله ﷺ بخلاف حد القذف، لأن التأخير ثمة لا يدل على الضغينة والتهمة، لأن الدعوى هناك شرط، فاحتمل أن التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعي، والدعوى ليست بشرط في الحدود الثلاثة فكان التأخير لما قلنا. ويشكل على هذا فصل السرقة، فإن الدعوى هناك شرط، ومع هذا التقادم مانع.

واختلفت عبارات مشايخنا في الجواب عن هذا الإشكال. فقال بعضهم: إن معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة. والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالى، والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة، وقد وجد السبب الظاهر في السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة. وهذا ليس بسديد لأن الأصل تعليق الحكم بالحكمة. إلا إذا كان وجه الحكمة خفياً لا يوقف عليه إلا بحرج فيقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديراً، وههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج، ولم توجد في السرقة لما بينا فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم.

---

(١) سورة الطلاق، الآية: (٢).

(٢) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٢٥٢) والبخاري في «الصحيح» كتاب المظالم باب لا يظلم المسلم المسلم (٢٤٤٢) ومسلم في «الصحيح» كتاب الذكر والدعاء باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر (٢٦٩٩).

وقال بعضهم: إنما لا تقبل الشهادة في السرقة لأن دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح لأن المدعي في الابتداء مخير بين أن يدعي السرقة ويقطع طمعه عن ماله احتساباً لإقامة الحد، وبين أن يدعي أخذ المال ستراً على أخيه المسلم. فلما أخر دل تأخيره على اختيار جهة الستر والإعراض عن جهة الحسبة، فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الإعراض عن جهة الستر فلا يصح إعراضه ولم يجعل قاصداً جهة الحسبة لأنه قد كان أعرض عنها عند اختياره جهة الستر فلم تصح دعواه/ السرقة فلم تقبل الشهادة على السرقة لأن قبول الشهادة يقف على دعوى صحيحة فيما تشترط فيه الدعوى فبقي مدعياً أخذ المال لا غير فتقبل الشهادة حسبة، إذ التقادم لا يمنع قبول الشهادة على الأموال بخلاف حد القذف، لأن المقذوف ليس بمخير بين بدل النفس وبين إقامة الحد بالدعوى بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه ودعوى القذف فلا يتهم بالتأخير فكانت الدعوى صحيحة منه.

والشيخ منصور الماتريدي رحمه الله أشار إلى معنى آخر في «**شرح الجامع الصغير**» حكيته بلفظه، وهو أن عادة السراق الإقدام على السرقة في حال الغفلة وانتهاز الفرصة في موضع الخفية، وصاحب الحق لا يطلع على من شهد ذلك ولا يعرفهم إلا بهم وبخبرهم، فإذا كتموا أثموا، وقد يعلم المدعي شهوده في غير ذلك من الحقوق ويطلبها إذا احتاج إليها، فكانوا في سعة من تأخيرها، وإذا بطلت الشهادة على السرقة بالتقادم قبلت في حق المال، لأن بطلانها في حق الحد لتمكن الشبهة فيها، والحد لا يثبت مع الشبهة، وأما المال فيثبت معها، ثم التقادم إنما يمنع قبول الشهادة في الحدود الثلاثة إذا كان التقادم في التأخير من غير عذر ظاهر، فأما إذا كان لعذر ظاهر بأن كان المشهود عليه في موضع ليس فيه حاكم، فحمل إلى بلد فيه حاكم فشهدوا عليه جازت شهادتهم وإن تأخرت، لأن هذا موضع العذر فلا يكون التقادم فيه مانعاً. ثم لم يقدر أبو حنيفة رحمه الله للتقادم تقديراً وفوض ذلك إلى اجتهاد كل حاكم في زمانه، فإنه روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال: كان أبو حنيفة رحمه الله لا يوقت في التقادم شيئاً وجهدنا به أن يوقت فأبى. وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدراه بشهر، فإن كان شهراً أو أكثر فهو متقادم، وإن كان دون شهر فليس بمتقادم، لأن الشهر أدنى الأجل فكان ما دونه في حكم العاجل.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن التأخير قد يكون لعذر، والأعذار في اقتضاء التأخير مختلفة فتعذر التوقيت فيه مفوض إلى اجتهاد القاضي فيما يعد إبطاء وما لا يعد. وإذا لم تقبل شهادة الشهود بزنا متقادم هل يحدون حد القذف؟

حكى الحسن بن زياد: أنهم يحدون وتأخيرهم محمول على اختيار جهة الستر، فخرج كلامهم عن كونه شهادة فبقي قذفاً فيوجب الحد.

وقال الكرخي رحمه الله: الظاهر أنه/ لا يجب عليهم الحد، وهكذا ذكر القاضي في «**شرحه**» أنه لا حد عليهم، لأن تأخيرهم وإن أورث تهمة وشبهة في الشهادة فأصل الشهادة باق، فلما اعتبرت الشبهة في إسقاط حد الزنا عن المشهود عليه فلأن تعتبر حقيقة الشهادة لإسقاط حد القذف عن الشهود أولى.

ومنها: قيام الرائحة وقت أداء الشهادة في حد الشرب في قولهما. وعند محمد ليس بشرط، والحجج ستأتي في موضعها.

ومنها: عدد الأربع في الشهود في حد الزنا لقوله عز اسمه: ﴿واللاتي يأتين بفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾[١] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾[٢] وقوله تبارك وتعالى: ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء﴾[٣]، ولأن الشهادة أحد نوعي الحجة فيعتبر بالنوع الآخر وهو الإقرار، وهناك عدد الأربع شرط. كذا ههنا، بخلاف سائر الحدود، فإن عدد الأقارير الأربع لم يشترط فيها فكذا عدد الأربع من الشهود، ولأن اشتراط عدد الأربع في الشهادة يثبت معدولاً به عن القياس بالنص، والنص ورد في الزنا خاصة، فإن شهد على الزنا أقل من أربعة لم تقبل شهادتهم لنقصان العدد المشروط، وهل يحدون حد القذف؟ قال أصحابنا يحدون.

وقال الشافعي رحمه الله[٤]: إذا جاءوا مجيء الشهود لم يحدوا. وعلى هذا الخلاف إذا شهد ثلاثة وقال الرابع رأيتهما في لحاف واحد ولم يزد عليه أنه يحد الثلاثة عندنا ولا حد على الرابع لأنه لم يقذف، إلا إذا كان قال في الابتداء: أشهد أنه قد زنى ثم فسر الزنا بما ذكر فحينئذ يحد.

وجه قول الشافعي رحمه الله: أنهم إذا جاءوا مجيء الشهود كان قصدهم إقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف فلم يكن جناية فلم يكن قذفاً.

ولنا: ما روي أن ثلاثة شهدوا على مغيرة بالزنا فقام الرابع وقال: رأيت أقداماً بادية ونفساً عالياً وأمراً منكراً ولا أعلم ما وراء ذلك. فقال سيدنا عمر رضي الله عنه: «الحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَمْ يَفْضَحْ رَجُلاً مِنْ أَصْحَابِ مُحَمَّدٍ ﷺ» وحد الثلاثة[٥] وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضي الله عنهم، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً، ولأن الموجود/ من الشهود كلام قذف حقيقة، إذ القذف هو النسبة إلى الزنا وقد وجد من الشهود حقيقة فيدخلون تحت آية القذف، إلا أنا اعتبرنا تمام عدد الأربع إذا جاءوا مجيء الشهود فقد قصدوا إقامة الحسبة واجباً حقاً لله تعالى فخرج كلامهم عن كونه قذفاً وصار شهادة شرعاً فعند النقصان بقي قذفاً حقيقة فيوجب الحد.

ولو شهد ثلاثة على الزنا وشهد رابع على شهادة غيره تحد الثلاثة لأن شهادتهم صارت قذفاً لنقصان العدد، ولا حد على الرابع لأنه لم يقذف بل حكى قذف غيره. ولو علم أن أحد الأربع عبد أو مكاتب أو صبي أو أعمى أو محدود في قذف حدوا جميعاً، لأن الصبي والعبد ليست لهما أهلية الشهادة أصلاً ورأساً فانتقص العدد فصار كلامهم قذفاً، والأعمى والمحدود في القذف ليست لهم أهلية الشهادة، أو إن كانت لهم

---

(١) سورة النساء، الآية: (١٥).
(٢) سورة النور، الآية: (٤).
(٣) سورة النور، الآية: (١٣).
(٤) فيه نظر! انظر «الأم» (٦/ ١٢٧) فقد قال: فإذا لم يكملوا أربعة فهم قذفة.
وكذلك حكم عليهم عمر بن الخطاب بجلدهم جلد القذفة ولم أعلم بين أحد لقيته ببلدنا اختلافاً فيما وصفت.
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥/ ٥٤٤، ٥٤٥).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٣٤، ٢٣٥).
وعلق البخاري طرفاً منه في «الصحيح» كتاب الشهادات باب شهادة القاذف والسارق والزاني قبيل رقم (٢٦٤٨) وصله الحافظ في «تغليق التعليق» (٣/ ٣٧٧) والحاكم في «المستدرك» (٣/ ٤٤٩).

أهلية الشهادة تحملاً وسماعاً فقصرت أهليتهما للشهادة فانتقص العدد فصار كلامهم قذفاً. وسواء علم ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاء، وإن علم ذلك بعد الإمضاء فإن كان الحد جلداً فكذلك يحدون ولا يضمنون أرش الضرب في قول أبي حنيفة، وعندهما يجب في بيت المال على ما ذكرنا في كتاب الرجوع عن الشهادات، وإن كان رجماً لا يحدون لأنه تبين أن كلامهم وقع قذفاً، ومن قذف حياً ثم مات المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال، لأن الخطأ حصل من القاضي وخطأ القاضي على بيت المال لأنه عامل لعامة المسلمين وبيت المال مال المسلمين.

ولو شهد الزوج وثلاثة نفر حد الثلاثة ولا عن الزوج امرأته لأن قذف الزوج يوجب اللعان لا الحد، فانتقص العدد في حق الباقين فصار كلامهم قذفاً فيحدون حد القذف.

ولو علم أن الشهود الأربعة عبيد أو كفار أو محدودون في قذف أو عميان يحدون حد القذف، وإن علم أنهم فساق لا يحدون، والفرق ما ذكرنا أن العبد والكافر لا شهادة لهما أصلاً، والأعمى والمحدود في القذف لهما شهادة سماعاً، وتحملاً لا أداء فكان كلامهم قذفاً. والفاسق له شهادة على أصل أصحابنا سماعاً وإذا كان كلام/ الفاسق شهادة لا قذفاً. فلا يحدون حد القذف. والله تعالى أعلم.

ولو ادعى المشهود عليه أن أحد الشهود الأربعة عبد فالقول قوله حتى يقيم البينة أنه حر، لما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: «النَّاسُ أَحْرَارٌ إِلاَّ فِي أَرْبَعٍ: الشَّهَادَةُ، والقِصَاصُ، والعَقْلُ، والحُدُودُ» والمعنى فيه ما ذكرنا في غير موضع.

ومنها: اتحاد المجلس وهو أن يكون الشهود مجتمعين في مجلس واحد عند أداء الشهادة، فإن جاءوا متفرقين يشهدون واحداً بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا لما ذكرنا أن كلامهم قذف حقيقة، وإنما يخرج عن كونه قذفاً شرعاً بشرط أن يكونوا مجتمعين في مجلس واحد وقت أداء الشهادة، فإذا انعدمت هذه الشريطة بقي قذفاً فيوجب الحد، حتى لو جاءوا مجتمعين أو متفرقين وقعدوا في موضع الشهود في ناحية من المسجد ثم جاءوا واحداً بعد واحد وشهدوا جازت شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد وقت الشهادة إذ المسجد كله مجلس واحد، وإن كانوا خارجين من المسجد فجاء واحد منهم ودخل المسجد وشهد ثم جاء الثاني والثالث والرابع يضربون الحد، وإن كانوا مثل ربيعة ومضر. هكذا روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: «لَوْ جَاءَ رَبِيْعَةُ ومُضَرُ فُرَادَىٰ لَحَدَدْتُهُمْ عَنْ آخِرِهِمْ»[1]، وإنما قال ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد منهم فيكون إجماعاً منهم. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يتصور منه الوطء، فإن كان ممن لا يتصور منه كالمجبوب لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف. ولو كان المشهود عليه خصياً أو عنيناً قبلت شهادتهم ويحد لتصور الزنا منهما لقيام الآلة بخلاف المجبوب.

---

(١) لم أجده بهذا اللفظ وإنما روى البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٣٨ و ١٠/ ١٤٨) والطحاوي كما في «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٢٨٣) «أن نافع بن الحارث كتب إلى عمر رضي الله عنه أن أربعة جاءوا يشهدون على رجل وامرأة بالزنا، فشهد ثلاثة أنهم رأوه كالميل في المَكْحلة ولم يشهد الرابع بمثل ذلك، فكتب إليه رضي الله عنه: إن شهد الرابع على مثل ما شهد عليه الثلاثة، فاجلدهما وإن كانا محصنين فارجمهما، وإن لم يشهد إلا بما كتب به إلي، فاجلد الثلاثة، وخل سبيل الرجل والمرأة.

ومنها: أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة، فإن كان ممن لا يقدر كالأخرس لا تقبل شهادتهم، لأن من الجائز أنه لو كان قادراً لادعى شبهة. ولو كان المشهود عليه بالزنا أعمى قبلت شهادتهم، لأن الأعمى قادر على دعوى الشبهة لو كانت عنده شبهة. ولو شهدوا بالزنا ثم قالوا: تعمدنا النظر إلى فرجها لا تبطل شهادتهم، لأن أداء الشهادة لا بد له من التحمل ولا بد للتحمل من النظر إلى/ عين الفرج، ويباح لهم النظر إليها لقصد إقامة الحسبة، كما يباح للطبيب لقصد المعالجة. ولو قالوا: نظرنا مكرراً بطلت شهادتهم لأنه سقطت عدالتهم. والله تعالى أعلم.

ومنها: اتحاد المشهود وهو أن يجمع الشهود الأربعة على فعل واحد، فإن اختلفوا لا تقبل شهادتهم.

وعلى هذا يخرج ما إذا شهد اثنان أنه زنى في مكان كذا وشهد آخران أنه زنى في مكان آخر والمكانان متباينان بحيث يمتنع أن يقع فيها فعل واحد عادة كالبلدين والدارين والبيتين لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لأنهم شهدوا بفعلين مختلفين لاختلاف المكانين، وليس على أحدهما شهادة الأربع ولا حد على الشهود أيضاً عند أصحابنا، وعند زفر يحدون.

وجه قوله: أن عدد الشهود قد انتقص، لأن كل فريق شهد بفعل غير الذي شهد به الفريق الآخر، ونقصان عدد الشهود يوجب صيرورة الشهادة قذفاً، كما لو شهد ثلاثة بالزنا.

ولنا: أن المشهود به لم يختلف عند الشهود لأن عندهم أن هذا زنا واحد وإنما وقع اختلافهم في المكان فثبت بشهادتهم شبهة اتحاد الفعل فيسقط الحد. وعلى هذا إذا اختلفوا في الزمان فشهد اثنان أنه زنى بها في يوم كذا واثنان في يوم آخر. ولو شهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية الأخرى منه يحد المشهود عليه لجواز أن ابتداء الفعل وقع في هذه الزاوية من البيت وانتهاؤه في زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم، حتى لو كان البيت كبيراً لا تقبل لأنه يكون بمنزلة البيتين. ولو شهد أربعة بالزنا بامرأة، فشهد اثنان أنه استكرهها واثنان أنها طاوعته لا حد على المرأة بالإجماع، لأن الحد لا يجب إلا بالزنا طوعاً ولم تثبت الطواعية في حقها.

وأما الرجل فلا حد عليه أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يحد. وجه قولهما: أن زنا الرجل عن طوع ثبت بشهادة الأربع إلا أنه تفرد اثنان منهم بإثبات زيادة الإكراه منه وأنه لا يمنع وجوب الحد، كما لو زنا بها مستكرهة، ولأبي حنيفة عليه الرحمة: أن المشهود قد اختلف لأن فعل المكره غير فعل من ليس بمكره فقد شهدوا بفعلين مختلفين وليس على أحدهما شهادة الأربع فلا يحد المشهود عليه ولا الشهود عند أصحابنا الثلاثة/ خلافاً لزفر. وقد مر الكلام فيه في اختلافهم في المكان والزمان والله تعالى أعلم.

ثم الشهود إذا استجمعوا شرائط صحة الشهادة وشهدوا عند القاضي سألهم القاضي عن الزنا ما هو؟ وكيف هو؟ ومتى زنا؟ وأين زنا؟ وبمن زنا؟ أما السؤال عن ماهية الزنا فلأنه يحتمل أنهم أرادوا به غير الزنا المعروف، لأن اسم الزنا يقع على أنواع لا توجب الحد. قال عليه الصلاة والسلام: «**الْعَيْنَانِ تَزْنِيَانِ وَالْيَدَانِ**

تَزْنِيَانِ والرِّجْلاَنِ تَزْنِيَانِ والفَرْجُ يُصَدِّقُ ذَلِكَ كُلَّهُ أَوْ يُكَذِّبُهُ»[١].

وأما السؤال عن الكيفية فلأنه يحتمل أنهم أرادوا به الجماع فيما دون الفرج لأن ذلك يسمى جماعاً حقيقة أو مجازاً فإنه لا يوجب الحد.

وأما السؤال عن الزمان فلأنه يحتمل أنهم شهدوا بزنا متقادم، والتقادم يمنع قبول الشهادة بالزنا.

وأما السؤال عن المكان فلأنه يحتمل أنه زنا في دار الحرب أو في دار البغي وأنه لا يوجب الحد.

وأما السؤال عن المزني بها فلأنه يحتمل أن تكون الموطوءة ممن لا يجب الحد بوطئها، كجارية الابن وغير ذلك، فإذا سألهم القاضي عن هذه الجملة فوصفوا، سأل المشهود عليه أهو محصن أم لا؟ فإن أنكر الإحصان وشهد على الإحصان رجلان أو رجل وامرأتان على الاختلاف سأل الشهود عن الإحصان ما هو، لأن له شرائط يجوز أن تخفى على الشهود، فإذا وصفوا قضي بالرجم. ولو شهدت بينة الإحصان أنه جامعها أو باضعها صار محصناً، لأن هذه اللفظ في العرف مستعمل في الوطء في الفرج. ولو شهدوا أنه دخل بها صار محصناً وهذا وقوله جامعها سواء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله لا يصير محصناً.

وجه قوله: أن هذا اللفظ يستعمل في الوطء ويستعمل في الزفاف فلا يثبت الإحصان مع الاحتمال. ولهما أن الدخول بالمرأة في عرف اللغة والشرع يراد به الوطء. قال الله تعالى عز شأنه: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾[٢]، حرم سبحانه وتعالى الربيبة بشرط الدخول بأمها، فعلم أن المراد من الدخول هو الوطء لأنها تحرم بمجرد نكاح الأم من غير وطء. وذكر القاضي في شرحه الاختلاف على القلب فقال: على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصير محصناً ما لم يصرح بالوطء. وعلى قول محمد رحمه الله يصير محصناً. ولو شهدوا على الدخول وكان له منها ولد هو محصن بالإجماع وكفى/ بالولد شاهداً. والله تعالى أعلم.

وأما شرائط الإقرار بالحد فمنها مايعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض. أما الذي يعم الحدود كلها فمنها البلوغ فلا يصح إقرار الصبي في شيء من الحدود، لأن سبب وجوب الحد لا بد وأن يكون جناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية فكان إقراره كذباً محضاً. ومنها النطق وهو أن يكون الإقرار بالخطاب والعبارة دون الكتاب والإشارة، حتى إن الأخرس لو كتب الإقرار في كتاب أو أشار إليه إشارة معلومة لا حد عليه، لأن الشرع علق وجوب الحد بالبيان المتناهي. ألا ترى أنه لو أقر بالوطء الحرام لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بالزنا، والبيان لا يتناهى إلا بالصريح، والكتابة والإشارة بمنزلة الكتابة فلا يوجب الحد.

وأما البصر فليس بشرط لصحة الإقرار، فيصح إقرار الأعمى في الحدود كلها كالبصير، لأن الأعمى لا يمنع مباشرة سبب وجوبها.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) سورة النساء، الآية: (٢٣).

وكذا الحرية والإسلام والذكورة ليست بشرط حتى يصح إقرار الرقيق والذمي والمرأة في جميع الحدود.

وعند زفر رحمه الله لا يصح إقرار العبد بشيء من أسباب الحدود من غير تصديق المولى. والكلام في التصديق على نحو ما ذكرنا في كتاب السرقة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما الذي يخص البعض دون البعض، فمنها عدد الأربع في حد الزنا خاصة وهو أن يقر أربع مرات وهذا عندنا. وعند الشافعي[١] عليه الرحمة: ليس بشرط ويكتفي بإقراره مرة واحدة.

وجه قوله: أن الإقرار إنما صار حجة في الشرع لرجحان جانب الصدق فيه على جانب الكذب. وهذا المعنى عند التكرار والتوحد سواء، لأن الإقرار إخبار والخبر لا يزيد رجحاناً بالتكرار، ولهذا لم يشترط في سائر الحدود بخلاف عدد المثنى في الشهادة، لأن ذلك يوجب زيادة ظن عليه فيها، إلا أن شرط العدد الأربع في باب الزنا تعبداً فيقتصر على موضع التعبد.

ولنا: أن القياس ما قاله إلا أنا تركنا القياس بالنص وهو ما روي: «أن ماعزاً جاء إلى رسول الله ﷺ فَأَقَرَّ بِالزِّنَا فَأَعْرَضَ عَنْهُ عَلَيْهِ الصَّلَاة والسَّلَام بِوَجْهِهِ الكَرِيمِ هَكَذَا إِلَى الأَرْبَع»[٢]. فلو كان الإقرار مرة مظهراً للحد لما أخره رسول الله ﷺ إلى الأربع، لأن الحد بعد ما ظهر وجوبه للإمام لا يحتمل التأخير. وأما العدد في الإقرار بالقذف فليس بشرط بالإجماع، وهل يشترط في الإقرار بالسرقة والشرب والسكر؟ قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس بشرط. وقال أبو يوسف رحمه الله/: إن كل ما يسقط بالرجوع فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود.

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله: أن عند أبـي يوسف يشترط الإقرار مرتين في مكانين.

وجه قوله: أن حد السرقة والشرب والسكر خالص حق الله تعالى كحد الزنا فتلزم مراعاة الاحتياط فيه باشتراط العدد كما في الزنا، إلا أنه يكتفي ههنا بالمرتين ويشترط الأربع هناك استدلالاً بالبينة، لأن السرقة والشرب كل واحد منهما يثبت بنصف ما يثبت به الزنا وهو شهادة شاهدين فكذلك الإقرار. ولهما: أن الأصل أن لا يشترط التكرار في الإقرار لما ذكرنا أنه إخبار، والمخبر لا يزداد بتكرار الخبر، وإنما عرفنا عدد الأربع في باب الزنا بنص غير معقول المعنى فيقتصر على مورد النص.

ومنها: عدد المجالس فيه وهو أن يقر أربع مجالس.

واختلف المشايخ في أنه يعتبر مجالس القاضي أو مجالس المقر؟ والصحيح أنه يعتبر مجالس المقر. وهكذا روي عن أبـي حنيفة أنه يعتبر مجالس المقر لأنه عليه الصلاة والسلام: «اعْتَبَرَ اخْتِلَافَ مَجَالِسِ مَاعِزٍ حَيْثُ كَانَ يَخْرُجُ مِنَ المَسْجِدِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ ثُمَّ يَعُودُ وَمَجْلِسُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ والسَّلَامُ لَمْ يَخْتَلِف» وقد روي عن أبـي حنيفة في تفسير اختلاف مجالس المقر هو أن يقر مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضي ثم يجيء فيقر ثم يذهب هكذا أربع مرات.

---

(١) انظر «الأم» (٦/ ١٣٣) و «مختصر المزني» صفحة (٢٦١) و «الإشراف» (٢/ ١٦) و «المبسوط» (٩/ ٩٢).

(٢) تقدم حديث ماعز.

ومنها: أن يكون إقراره بين يدي الإمام فإن كان عند غيره لم يجز إقراره، لأن إقرار ماعز كان عند رسول الله ﷺ.

ولو أقر في غير مجلس القاضي وشهد الشهود على إقراره لا تقبل شهادتهم لأنه إن كان مقراً فالشهادة لغو لأن الحكم للإقرار لا للشهادة، وإن كان منكراً فالإنكار منه رجوع. والرجوع عن الإقرار في الحدود الخالصة حقاً لله عز وجل صحيح، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومنها: الصحة في الإقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر، حتى لو كان سكران لا يصح إقراره. أما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فلأن السكران من صار بالشرب إلى حال لا يعقل قليلاً ولا كثيراً فكان عقله زائلاً مستوراً حقيقة، وأما على أصلهما فلأنه إذا غلب الهذيان على كلامه فقد ذهبت منفعة العقل، ولهذا لم تصح ردته فيورث ذلك شبهة في وجوب الحد وليس بشرط في الإقرار بالحدود والقصاص/ ، لأن القصاص خالص حق العبد وللعبد حق في حد القذف فيصح مع السكر كالإقرار بالمال وسائر التصرفات. وإذا صحا فإن دام على إقراره تقام عليه الحدود كلها، وإن أنكر فالإنكار منه رجوع فيصح في الحدود الخالصة وهو حد الزنا والشرب والسرقة في حد القطع، ولا يصح في القذف والقتل العمد والله تعالى أعلم.

ومنها: أن يكون الإقرار بالزنا ممن يتصور وجود الزنا منه، فإن كان لا يتصور كالمجبوب لم يصح إقراره لأن الزنا لا يتصور منه لانعدام الآلة. ويصح إقرار الخصي والعنين لتصور الزنا منهما لتحقق الآلة، والذي يجن ويفيق إذا أقر في حال إفاقته فهو مثل الصحيح لأنه في حال إفاقته صحيح.

ومنها: أن يكون المزني به في الإقرار بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة، فإن لم يكن بأن أقر رجل أنه زنى بامرأة خرساء أو أقرت امرأة أنها زنت بأخرس لم يصح إقراره لأن من الجائز أن لو كان يقدر على النطق لادعى النكاح أو أنكر الزنا ولم يدع شيئاً فيندرىء عنه الحد لما ذكر في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما حضرة المزني بها في الإقرار بالزنا والشهادة عليه فليست بشرط حتى لو أقر أنه زنى بامرأة غائبة أو شهد عليه الشهود بالزنا بامرأة غائبة صح الإقرار وقبلت الشهادة ويقام الحد على الرجل، لأن الغائب بالغيبة ليس إلا الدعوى وأنها ليست بشرط، ولهذا رجم ماعز من غير شرط حضور تلك المرأة. وكذلك العلم بالمزني بها. ثم إذا صح إقراره بالزنا بامرأة غائبة يعرفها فحضرت المرأة فلا يخلو إما إن حضرت قبل إقامة الحد على الرجل وإما إن حضرت بعد الإقامة، فإن حضرت بعد الإقامة فإن أقرت بمثل ما أقر به الرجل تحد أيضاً كما حد الرجل، وإن أنكرت وادعت على الرجل حد القذف لا يحد الرجل حد القذف لأنه لا يجب عليه حدان وقد أقيم أحدهما فلا يقام الآخر. وإن حضرت قبل إقامة الحد على الرجل فإن أنكرت الزنا وادعت النكاح أو لم تدع وادعت حد القذف على الرجل أو لم تدع فحكمه نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى. والعلم بالمزني بها ليس بشرط لصحة الإقرار، حتى لو قال: زنيت بامرأة ولا أعرفها صح إقراره ويحد، والعلم بالمشهود به شرط صحة الشهادة، حتى لو شهد الشهود على رجل أنه زنى بامرأة وقالوا: لا نعرفها لا تقبل/ شهادتهم ولا يقام الحد على المشهود عليه.

والفرق: أن المقر في الإقرار على نفسه يبني الأمر على حقيقة الحال خصوصاً في الزنا فكان إقراره

إخباراً عن وجود الزنا منه حقيقة، إلا أنه لم يعرف اسم المرأة ونسبها وذا لا يورث شبهة. فأما الشاهد فإنه بشهادته بنى الأمر على الظاهر لا على الحقيقة لقصور علمه عن الوصول إلى الحقيقة. فقولهم لا نعرف تلك المرأة يورث شبهة، لجواز أنها امرأته أو امرأة له فيها شبهة حل أو ملك فهو الفرق. والله تعالى أعلم.

وأما عدم التقادم فهل هو شرط لصحة الإقرار بالحد؟ أما في حد القذف فليس بشرط لأنه ليس بشرط لقبول الشهادة فأولى أن لا يكون شرطاً لصحة الإقرار، وكذلك في حد الزنا عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر رحمه الله، كما في الشهادة.

ولنا: الفرق بين الإقرار والشهادة وهو أن المانع في الشهادة تمكن التهمة والضغينة، وهذا لا يوجد في الإقرار، لأن الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه. وكذا في حد السرقة لما قلنا. وأما في حد الشرب فشرط عندهما، وعند محمد رحمه الله: ليس بشرط بناءً على أن قيام الرائحة شرط صحة الإقرار والشهادة عندهما، ولهذا لا يبقى مع التقادم، وعنده ليس بشرط، ولو لم يتقادم العهد ولكن ريحها لا يوجد منه لم يصح الإقرار عندهما خلافاً له.

وجه قول محمد رحمه الله: أن حد الشرب ليس بمنصوص عليه في الكتاب والسنة وإنما عرف بإجماع الصحابة، وإجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولم تثبت فتواه عند زوال الرائحة، فإنه روي أن رجلاً جاء بابن أخ له إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فاعترف عنده بشرب الخمر فقال له عبد الله: بئس ولي اليتيم أنت لا أدبته صغيراً ولا سترت عليه كبيراً. ثم قال رضي الله عنه: تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وأفتى رضي الله عنه بالحد عند وجود الرائحة ولم يثبت فتواه عند عدمها، وإذا لم يثبت فلا ينعقد الإجماع بدونه فلا يجب بدونه، لأن وجوبه بالإجماع ولا إجماع، ثم إنما تعتبر الرائحة إذا لم يكن سكران، فأما إذا كان سكران فلا لأن السكر أدل على الشرب من الرائحة، ولذلك لو جيء به من مكان بعيد لا تبقى الرائحة بالمجيء من مثله عادة يحد وإن/ لم توجد الرائحة للحال، لأن هذا موضع العذر فلا يعتبر قيام الرائحة فيه والله تعالى أعلم.

وإذا أقر إنسان بالزنا عند القاضي ينبغي أن يظهر الكراهة أو يطرده. وكذا في المرة الثانية والثالثة. هكذا فعل عليه الصلاة والسلام بماعز.

وكذا روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: «اطْرُدُوْا المُعْتَرِفِينَ»، أي: بالزنا، فإذا أقر أربعاً نظر في حاله أهو صحيح العقل أم به آفة. هكذا قال عليه الصلاة والسلام لماعز: «أَبِكَ خَبَلٌ أَمْ بِكَ جُنُونٌ»[1]، وَبَعَثَ إِلَى قَوْمِهِ فَسَأَلَهُمْ عَنْ حَالِهِ، فإذا عرف أنه صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وعن كيفيته وعن مكانه وعن المزني بها لما ذكرنا في الشهادة، ولا يسأله عن الزمان لأن السؤال عن الزمان لمكان احتمال التقادم، والتقادم في الإقرار، وإنما يقدح في الشهادة، ويجوز أن يسأل عن الزمان أيضاً لاحتمال أنه زنى في حال الصغر فإذا بين ذلك كله سأله عن حاله أهو محصن أم لا؟ لأن حكم الزنا يختلف بالإحصان وعدمه. فإن

---

(١) تقدم تخريجه.

قال: أنا محصن سأله عن ماهية الإحصان أنه ما هو، لأنه عبارة عن اجتماع شرائط لا يقدر عليها كل أحد، فإذا بين رجمه.

وأما علم القاضي فلا يظهر به حد الزنا والشرب والسكر والسرقة حتى لا يقضي بشيء من ذلك بعلمه لكنه يقضي بالمال في السرقة لأن القاضي يقضي بعلمه في الأموال، سواء علم بذلك قبل زمان القضاء ومكانه أو بعدهما بلا خلاف بين أصحابنا، وسواء علم بذلك معاينة بأن رأى إنساناً يزني ويشرب ويسرق أو بسماع الإقرار به في غير مجلسه الذي يقضي فيه بين الناس، فإن كان إقراره في مجلس القضاء لزمه موجب إقراره، إذ لو لم يقبل إقراره لاحتاج القاضي إلى أن يكون معه جماعة على الإقرار في كل حادثة، وإجماع الأمة بخلافه. والله تعالى أعلم.

ويظهر به حد القذف في زمان القضاء ومكانه كالقصاص وسائر الحقوق والأموال بلا خلاف بين أصحابنا، وإنما اختلفوا في ظهور ذلك بعلمه في غير زمان القضاء ومكانه، وقد ذكرنا جملة ذلك بدلائله في كتاب آداب القاضي. ولا يظهر حد السرقة بالنكول لكنه يقضي بالمال، لأن النكول إما بدل وإما إقرار فيه شبهة العدم، والحد لا يحتمل البدل ولا يثبت بالشبهة، والمال يحتمل البدل والثبوت بالشبهة.

وأما الخصومة فهل هي شرط ثبوت الحد بالشهادة والإقرار؟ فلا خلاف في أنها ليست بشرط في حد الزنا والشرب، لأنه خالص/ حق الله عز وجل، والخصومة ليست بشرط في الحدود الخالصة لله تعالى لأنها تقام حسبة لله تعالى فلا يتوقف ظهورها على دعوى العبد، ولا خلاف في حد السرقة أن الخصومة فيها شرط الظهور بالشهادة لأن حد السرقة وإن كان حق الله تعالى خالصاً لكن هذا الحق لا يثبت إلا بعد كون المسروق ملكاً للمسروق منه، ولا يظهر ذلك إلا بالخصومة وفي كونها شرط الظهور بالإقرار خلاف ذكرناه في كتاب السرقة. ولا خلاف أيضاً في أنها شرط الظهور بالشهادة على القذف والإقرار به. أما على أصل الشافعي رحمه الله: فلأنه خالص حق العبد فيشترط فيه الدعوى كما في سائر حقوق العباد. وعندنا حق الله تعالى عز شأنه وإن كان هو المغلب فيه لكن للعبد فيه حق لأنه ينتفع به بصيانة عرضه عن الهتك فيشترط فيه الدعوى عن هذه الجهة.

وإذا عرف أن الخصومة في حد القذف شرط كون النية والإقرار مظهرين فيه فيقع الكلام في موضعين:

أحدهما: في بيان الأحكام التي تتعلق بالدعوى والخصومة. والثاني: في بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها. أما الأول فنقول ولا قوة إلا بالله تعالى: الأفضل للمقذوف أن يترك الخصومة لأن فيها إشاعة الفاحشة وهو مندوب إلى تركها. وكذا العفو عن الخصومة والمطالبة التي هي حقها من باب الفضل والكرامة. وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوٓا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾[1] وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾[2].

وإذا رفع إلى القاضي يستحسن للقاضي أن يقول قبل الإتيان بالبينة: أعرض عن هذا لأنه ندب إلى

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٣٧).
(٢) سورة البقرة، الآية: (٢٣٧).

الستر والعفو. وكل ذلك حسن. فإذا لم يترك الخصومة وادعى القذف على القاذف فأنكر ولا بينة للمدعي فأراد استحلافه بالله تعالى ما قذفه هل يحلف؟.

ذكر الكرخي عليه الرحمة أنه لا يحلف عند أصحابنا. خلافاً للشافعي[١] رحمه الله تعالى. وذكر في «أدب القاضي»: أنه يحلف في ظاهر الرواية عندهم. وإذا نكل يقضى عليه بالحد. وقال بعضهم يحتمل أن يحلف فإذا نكل يقضى عليه بالتعزير لا بالحد. وهذه الأقاويل ترجع إلى أصل وهو أن عند الشافعي[٢] رحمه الله حد القذف خالص حق العبد فيجري فيه الاستحلاف كما في سائر حقوق العباد. وأما على أصل أصحابنا ففيه حق الله تعالى عز وجل وحق العبد، فمن قال منهم: إنه يحلف ويقضي بالحد عند النكول اعتبر ما فيه من حق العبد فألحقه في التحليف بالتعزير. ومن قال منهم: إنه لا يحلف أصلاً اعتبر حق الله سبحانه وتعالى/ فيه لأنه المغلب فألحقه بسائر حقوق الله سبحانه وتعالى الخالصة، والجامع أن المقصود من الاستحلاف هو النكول وأنه على أصل أبـي حنيفة عليه الرحمة بدل والحد لا يحتمل البدل. وعلى أصلهما إقرار فيه شبهة العدم لأنه ليس بصريح إقرار بل هو إقرار بطريق السكوت فكان فيه شبهة العدم، والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم.

ومن قال منهم: إنه يحلف ويقضىٰ عليه بالتعزير عند النكول دون الحد اعتبر حق العبد فيه للاستحلاف كالتعزير، واعتبر حق الله سبحانه وتعالى للمنع من إقامة الحد عند النكول كسائر الحدود. ومثل هذا جائز كحد السرقة إنه يجري فيه الاستحلاف ولا يقضي عند النكول بالحد ولكن يقضي بالمال، وكما قال أبو يوسف ومحمد عليهما الرحمة في القصاص في الطرف والنفس: إنه يحلف وعند النكول لا يقضى بالقصاص بل بالدية على ما عرف.

وإن قال المدعي: لي بينة حاضرة في المصر على قذفه يحبس المدعىٰ عليه القذف إلى قيام الحاكم من مجلسه، والمراد من الحبس الملازمة. أي يقال للمدعي: لازمه إلى هذا الوقت فإن أحضر البينة فيه وإلا خلي سبيله. ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه.

هذا قول أبـي حنيفة رحمه الله وعندهما: يؤخذ منه الكفيل. وهذا بناءً على أن الكفالة في الحدود غير جائزة عند أبـي حنيفة رحمه الله حيث قال في الكتاب: ولا كفالة في حد ولا قصاص. وعندهما يكفل ثلاثة أيام.

وذكر الجصاص في تفسير قول أبـي حنيفة رضي الله عنه أن معناه لا يؤخذ الكفيل في الحدود والقصاص جبراً. فأما إذا بذل من نفسه وأعطى الكفيل فهو جائز بالإجماع، وظاهر إطلاق الكتاب يدل على عدم الجواز عنده لأن كلمة النفي إذا دخلت على الأفعال الشرعية يراد بها نفي الجواز من الأصل كما في قوله عليه الصلاة والسلام: «لاَ صَلاَةَ إِلاَّ بِطَهُورٍ وَلاَ نِكَاحَ إِلاَّ بِشُهُودٍ»[٣] ونحو ذلك.

---

(١) انظر «مختصر المزني» صفحة (٢٦٢).
(٢) انظر «مختصر المزني» صفحة (٢٦٢).
(٣) طرفه الأول أخرجه ابن ماجه في «السنن» كتاب الطهارة باب ما جاء في التسمية في الوضوء (٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠) بلفظ: «لا صلاة لمن لا وضوء له..». =

وجه قولهما: أن الحبس جائز في الحدود فالكفالة أولى، لأن معنى الوثيقة في الحبس أبلغ منه في الكفالة، فلما جاز الحبس فالكفالة أحق بالجواز. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الكفالة شرعت للاستيثاق والحدود مبناها على الدرء والإسقاط. قال عليه الصلاة والسلام: «ادْرَءُوا الحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ»[1] فلا يناسبها الاستيثاق بالكفالة، بخلاف الحبس فإن الحبس للتهمة مشروع. روي أنه عليه الصلاة والسلام: «حَبَسَ رَجُلاً بِالتُّهْمَةِ»[2]. وقد ثبتت التهمة في هذه المسألة بقوله لي بينة حاضرة في المصر/ فجاز الحبس، فإذا أقام المدعي شاهدين لا يعرفهما القاضي، أي: لم تظهر عدالتهما بعد الحبس فلا خلاف ولا يؤخذ منه كفيل. وإن أقام شاهداً واحداً عدلاً حبس عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يحبس ويؤخذ منه كفيل.

وجه قولهما: أن الحق لا يظهر بقول الواحد وإن كان عدلاً فالحبس من أين؟ بخلاف الشاهدين فإن سبب ظهور الحق قد وجد وهو كمال عدد الحجة إلا أن توقف الظهور لتوقف ظهور العدالة فثبتت الشبهة فيحبس.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله: أن قول الشاهد الواحد وإن كان لا يوجب الحق فإنه يوجب التهمة، وحبس المتهم جائز.

ولو قال المدعي: لا بينة لي أو بينتي غائبة أو خارج المصر لا يحبس بالإجماع لعدم التهمة، فإن قامت البينة للمقذوف على القذف أو أقر القاذف به فإن القاضي يقول له: أقم البينة على صحة قذفك، فإن أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقذوف أو على إقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقذوف، وإن عجز عن إقامة البينة يقيم حد القذف على القاذف لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾[3] وإن طلب التأجيل من القاضي وقال: شهودي غيب أو خارج المصر لم يؤجله. ولو قال: شهودي في المصر أجله إلى آخر المجلس ولازمه المقذوف ويقال له: ابعث أحداً إلى شهودك فأحضرهم ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه في قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما يؤجل يومين أو ثلاثة ويؤخذ منه الكفيل.

وجه قولهما: أنه يحتمل أن يكون صادقاً في إخباره أن له بينة في المصر وربما لا يمكنه الإحضار في ذلك الوقت فيحتاج إلى التأخير إلى المجلس الثاني وأخذ الكفيل لئلا يفوت حقه عسى. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن في التأجيل إلى آخر المجلس الثاني منعاً من استيفاء الحد بعد ظهوره وهذا لا يجوز، بخلاف التأخير إلى آخر المجلس لأن ذلك القدر لا يعد تأجيلاً ولا منعاً من استيفاء الحد بعد ظهوره. وروي عن محمد رحمه الله أنه إذا ادعى أن له بينة حاضرة في المصر ولم يجد أحداً يبعثه إلى الشهود فإن القاضي يبعث

= والطرف الثاني أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٥٥٥٩) والدارقطني في «السنن» (٣/ ٢٢٥).

(١) تقدم.

(٢) أخرجه النسائي في «السنن» كتاب قطع السارق باب امتحان السارق بالضرب والحبس (٨/ ٦٧) وأبو داود في «السنن» كتاب الأقضية باب في الحبس في الدين وغيره (٣٦٣٠) والترمذي في «السنن» كتاب الديات باب ما جاء في الحبس في التهمة (١٤١٧).

(٣) سورة النور، الآية: (٤).

معه من الشرط من يحفظه ولا يتركه حتى يقر، فإن لم يجد ضرب الحد.

ولو ضرب بعض الحد ثم أقام القاذف البينة على صدق مقالته قبلت بينته وسقطت بينة الجلدات ولا تبطل/ شهادته ويقام حد الزنا على المقذوف، كما لو أقامها قبل أن يضرب الحد أصلاً، ولو ضرب الحد بتمامه ثم أقام البينة على زنا المقذوف قبلت بينته ويظهر أثر القبول في جواز شهادة القاذف وأن لا يصير مردود الشهادة لأنه تبين أنه لم يكن محدوداً في القذف حقيقة حيث تبين أن المقذوف لم يكن محصناً، لأن من شرائط الإحصان العفة عن الزنا، وقد ظهر زناه بشهادة الشهود فلم يصر القاذف مردود الشهادة، ولا يظهر أثر قبول هذه الشهادة في إقامة حد الزنا على المقذوف، لأن معنى القذف قد تقرر بإقامة الحد على القاذف.

ولو قذف رجلاً فقال: يا ابن الزانية ثم ادعى القاذف أن أم المقذوف أمة أو نصرانية والمقذوف يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المقذوف إقامة البينة على الحرية والإسلام.

وكذلك لو قذف إنساناً في نفسه ثم ادعى القاذف أن المقذوف عبد فالقول قول القاذف. وكذلك لو قال القاذف: أنا عبد وعليَّ حد العبد، وقال المقذوف: أنت حر فالقول قول القاذف، لأن الظاهر وإن كان هو الحرية والإسلام، لأن دار الإسلام دار الأحرار، لكن الظاهر لا يصلح للإلزام على الغير فلا بد من الإتيان بالبينة.

وروي عن أبي يوسف فيمن قذف أم رجل، فإن كان القاضي يعرف أمه حرة مسلمة جلد القاذف، لأن الحرية والإسلام يثبتان بالبينة فعلم القاضي أولى لأنه فوق البينة، لأن الحرية والإسلام من شرائط الإحصان، والإحصان شرط الوجوب، والقاضي يقضي بعلمه بسبب وجوب هذا الحد فلأن يقضي بعلمه بشرط الوجوب أولى. فإن لم يعلم القاضي حبسه في السجن حتى يأتي بالبينة لأنه ظهر منه القذف وأنه يوجب العقوبة، سواء كان المقذوف أمه حرة أو أمة فجاز أن يستوثق منه بالحبس، وإن لم تقم بينته أخذ منه كفيلاً أو أخرجه وأخذ الكفيل على مذهبه. فأما على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فلا يؤخذ الكفيل على ما بينا ولا يعزره، لأن التعزير من القاضي حكم بإبطال إحصان المقذوف، لأن قذف المحصن يوجب الحد لا التعزير، ولا يجوز الحكم بإبطال الإحصان.

ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا في مكان القذف أو زمانه بأن شهد أحدهما أنه قذف في مكان كذا وشهد الآخر أنه قذف في مكان آخر، أو شهد أحدهما أنه قذف يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذف يوم الجمعة قبلت شهادتهما ووجب الحد عند أبي/ حنيفة رضي الله عنه، وعندهما لا تقبل.

وجه قولهما: أنهما شهدا بقذفين مختلفين، لأن القذف في هذا المكان والزمان يخالف القذف في مكان آخر وزمان آخر، فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذي شهد به الآخر، وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا يثبت.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجواز أنه كرر القذف الواحد في مكانين وزمانين. لأن القذف من باب الكلام، والكلام مما يحتمل التكرار والإعادة، والمعاد عين الأول حكماً وإن كان غيره حقيقة فكان القذف واحداً، فقد اجتمع عليه شهادة شاهدين. وإن

تفقا في المكان والزمان واختلفا في الإنشاء والإقرار بأن شهد أحدهما أنه قذفه في هذا المكان يوم الجمعة وشهد الآخر أنه قذفه في هذا المكان يوم الجمعة لا تقبل ولا حد عليه في قولهم جميعاً استحساناً، والقياس أن تقبل ويحد.

وجه القياس: أن اختلاف كلامهما في الإنشاء والإقرار لا يوجب اختلاف القذف، كما إذا شهد أحدهما بإنشاء البيع والآخر بالإقرار به أنه تقبل شهادتهما. كذا هذا.

وجه الاستحسان: أن الإنشاء مع الإقرار أمران مختلفان حقيقة، لأن الإنشاء إثبات أمر لم يكن والإقرار إخبار عن أمر كان فكانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفاً وليس على أحدهما شاهدين فلا تقبل.

ونظيره من قال لامرأته: زنيت قبل أن أتزوجك فعليه اللعان لا الحد. ولو قال لها: قذفتك بالزنا قبل أن أتزوجك فعليه الحد لا اللعان، لأن قوله زنيت إنشاء القذف فكان قاذفاً لها للحال، وهي للحال زوجته وقذف الزوج يوجب اللعان لا الحد. وقوله: «قذفتك بالزنا» إقرار منه بقذف كان منه قبل التزوج وهي كانت أجنبية قبل التزوج، وقذف الأجنبية يوجب الحد لا اللعان والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول ولا قوة إلا بالله تعالى: المقذوف لا يخلو إما أن يكون حياً وقت القذف وإما أن يكون ميتاً، فإن كان حياً فلا خصومة لأحد سواه، وإن كان ولده أو والده، وسواء كان حاضراً أو غائباً، لأنه إذا كان حياً وقت القذف كان هو المقذوف صورة ومعنى بإلحاق العار به فكان حق الخصومة له، وهل تجوز الإنابة في هذه الخصومة وهو التوكيل بالإثبات بالبينة؟.

اختلف/ أصحابنا فيه، عندهما يجوز، وقال أبو يوسف: لا يجوز، والمسألة مرت في كتاب الوكالة. ولا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء عندنا، خلافاً للشافعي[1] رحمه الله، والمراد بذلك أن حضرة المقذوف بنفسه شرط جواز الاستيفاء عندنا وعنده ليس بشرط وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرته، على أن هذا الحد عنده حد المقذوف على الخلوص فتجري فيه النيابة في الإثبات والاستيفاء جميعاً.

ولنا: أن الاستيفاء عند غيبة الموكل بنفسه استيفاء مع الشبهة لجواز أنه لو كان حاضراً لصدق القاذف في قذفه، والحدود لا تستوفى مع الشبهات. ولو كان المقذوف حياً وقت القذف، ثم مات قبل الخصومة أو بعدها سقط الحد عندنا خلافاً للشافعي[2]، بناءً على أن حد القذف لا يورث عندنا وعنده يورث وستأتي المسألة في موضعها.

هذا إذا كان حياً وقت القذف. وأما إذا كان ميتاً فلا خلاف في أن لولده ذكراً كان أو أنثى ولابن ابنه وبنت ابنه وإن سفلوا ولوالده وإن علا أن يخاصم القاذف في القذف، لأن معنى القذف هو إلحاق العار بالمقذوف، والميت ليس بمحل لإلحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعاً إليه بل إلى فروعه وأصوله لأنه يلحقهم العار بقذف الميت لوجود الجزئية والبعضية، وقذف الإنسان يكون قذفاً لأجزائه فكان القذف بهم من حيث المعنى فيثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم، بخلاف ما إذا كان المقذوف حياً وقت القذف

---

(١) «الأم» (٣/ ٢٣٢).

(٢) انظر «مختصر المزني» صفحة (٢٦٢).

ثم مات إنه ليس للولد والوالد حق الخصومة بل يسقط لأن القذف أضيف إليه وهو كان محلاً قابلاً للقذف صورة ومعنى بإلحاق العار به فانعقد القذف موجباً حق الخصومة له خاصة، فلو انتقل إلى ورثته لانتقل إليهم بطريق الإرث. وهذا الحد لا يحتمل الإرث لما نذكر فسقط ضرورة. ولا خلاف في أن الأخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات لا يملكون الخصومة. لأن العار لا يلحقهم لانعدام الجزئية والبعضية فالقذف لا يتناولهم لا صورة ولا معنى وكذا ليس لمولى العتاقة ولاية الخصومة لأن القذف لم يتناوله صورة ومعنى بإلحاق العار به.

واختلف أصحابنا رضي الله عنهم في أولاد البنات أنهم هل يملكون الخصومة؟ عندهما يملكون وعند محمد: لا يملكون.

وجه قوله: أن ولد البنت ينسب إلى أبيه لا إلى جده فلم يكن مقذوفاً معنى بقذف جده. ولهما: أن معنى الولاد موجود والنسبة الحقيقية ثابتة بواسطة أمه فصار مقذوفاً معنى فيملك الخصومة، وهل يراعى فيه الترتيب بتقديم الأقرب على الأبعد؟/ قال أصحابنا رضي الله عنهم الثلاثة: لا يراعى والأقرب والأبعد سواء فيه، حتى كان لابن الابن أن يخاصم فيه مع قيام الابن الصلبي، وعند زفر رحمه الله يراعى فيه الترتيب وتثبت للأقرب فالأقرب وليس للأبعد حق الخصومة والمطالبة بالقذف لإلحاق العار بالمخاصم، ولا شك أن عار الأقرب يزيد على الأبعد فكان أولى بالخصومة.

ولنا: أن هذا الحق ليس يثبت بطريق الإرث على معنى أنه يثبت الحق للميت ثم ينتقل إلى الورثة بل يثبت لهم ابتداءً لا بطريق الانتقال من الميت إليهم لما ذكرنا أن الميت بالموت خرج عن احتمال لحوق العار به فلم يكن ثبوت الحق لهم بطريق الإرث فلا يراعى فيه الأقرب والأبعد، وكذا لا يراعى فيه إحصان المخاصم بل الشرط إحصان المقذوف عند أصحابنا الثلاثة، حتى لو كان الولد أو الوالد عبداً أو ذمياً فله حق الخصومة. وقال زفر رحمه الله: إحصان المخاصم شرط وليس للعبد ولا الكافر أن يخاصم.

وجه قوله: أن إثبات حق الخصومة له لصيرورته مقذوفاً معنى بإضافة القذف إلى الميت، ولو أضيف إليه القذف ابتداءً لا يجب الحد فههنا أولى.

ولنا: أن الحد لا يجب لعين القذف بل للحوق عار كامل بالمقذوف، وإن كان الميت محصناً فقد لحق الولد عار كامل فلا يشترط إحصانه، لأن اشتراطه للحوق عار كامل به وقد لحقه بدونه.

ولو كان الوارث قتله حتى حرم الميراث فله أن يخاصم لما ذكرنا أن هذا الحق لا يثبت بطريق الإرث. ولو قذف رجل أم ابنه وهي ميتة فليس للولد أن يخاصم أباه لأن الأب لو قذف ولده وهو حي محصن ليس للولد أن يخاصم أباه تعظيماً له، ففي قذف الأم الميتة أولى. وكذلك المولى إذا قذف أم عبده وهي حرة ميتة فليس للعبد أن يخاصم مولاه في القذف لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء. والله تعالى أعلم.

فصل: وأما صفات الحدود فنقول وبالله التوفيق: لا خلاف في حد الزنا والشرب والسكر والسرقة أنه لا يحتمل العفو والصلح والإبراء بعدما ثبت بالحجة لأنه حق الله تعالى خالصاً لا حق للعبد فيه فلا يملك إسقاطه. وكذا يجري فيه التداخل، حتى لو زنا مراراً أو شرب الخمر مراراً أو سكر مراراً لا يجب عليه إلا

حد واحد، لأن المقصود من إقامة الحد هو الزجر وأنه يحصل بحد واحد فكان في الثاني والثالث احتمال عدم حصول المقصود، فكان فيه احتمال عدم الفائدة، ولا يجوز إقامة الحد مع احتمال عدم الفائدة.

ولو زنا أو شرب أو سكر أو سرق فحد/ ، ثم زنا أو شرب أو سرق يحد ثانياً لأنه تبين أن المقصود لم يحصل. وكذا إذا سرق سرقات من أناس مختلفة فخاصموا جميعاً فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها، والكلام في الضمان نذكره في كتاب السرقة إن شاء الله تعالى.

وأما حد القذف إذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا لا يجوز العفو عنه والإبراء والصلح. وكذلك إذا عفا المقذوف قبل المرافعة أو صالح على مال فذلك باطل ويرد بدل الصلح وله أن يطالبه بعد ذلك. وعند الشافعي رحمه الله يصح ذلك كله، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله. وكذا يجري فيه التداخل عندنا حتى لو قذف إنساناً بالزنا بكلمة أو قذف كل واحد بكلام على حدة لا يجب عليه إلا حد واحد، سواء حضروا جميعاً أو حضر واحد.

وقال الشافعي رحمه الله[1]: إذا قذف كل واحد بكلام على حدة، فعليه لكل واحد حد على حدة ولو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطاً ثم قذف آخر ضرب السوط الأخير فقط عندنا، وعنده يضرب السوط الأخير للأول وثمانين سوطاً آخر للثاني.

ولو قذف رجلاً فحد ثم قذف آخر يحد للثاني بلا خلاف. وكذا هذا الحد لا يورث عند أصحابنا رضي الله عنهم، وعندهم يورث ويقسم بين الورثة على فرائض الله عز شأنه في قول، وفي قول يقسم بين الورثة إلا الزوج والزوجة. والكلام في هذا الفرع بناءً على أصل مختلف بيننا وبينه، وهو أن حد القذف خالص حق الله سبحانه وتعالى أو المغلب فيه حقه، وحق العبد مغلوب عندنا. وعنده هو حق العبد أو المغلب حق العبد.

وجه قوله: أن سبب وجوب هذا الحد هو القذف، والقذف جناية على عرض المقذوف بالتعرض، وعرضه حقه، بدليل أن بدل نفسه حقه وهو القصاص في العمد أو الدية في الخطأ فكان البدل حقه، والجزاء الواجب على حق الإنسان حقه كالقصاص، والدليل عليه أنه يشترط فيه الدعوى، والدعوى لا تشترط في حقوق الله تبارك وتعالى كسائر الحقوق، إلا أنه لم يفوض استيفاؤه إلى المقذوف لأجل التهمة، لأن ضرب القذف أخف الضربات في الشرع، فلو فوض إليه إقامة هذا الحد فربما يقيمه على وجه الشدة لما لحقه من الغيظ بسبب القذف ففوض استيفاؤه إلى الإمام دفعاً للتهمة لا لأنه حق الله تعالى عز شأنه.

ولنا: أن سائر الحدود إنما كانت حقوق الله تبارك وتعالى على الخلوص لأنها وجبت لمصالح العامة وهي دفع فساد يرجع إليهم ويقع حصول الصيانة/ لهم، فحد الزنا وجب لصيانة الإبضاع عن التعرض، وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الأموال والأنفس عن القاصدين، وحد الشرب وجب لصيانة الأنفس والأموال والأبضاع في الحقيقة بواسطة صيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر، وكل جناية يرجع فسادها إلى العامة ومنفعة جزائها يعود إلى العامة كان الجزاء الواجب بها حق الله عز شأنه على الخلوص تأكيداً للنفع

(١) انظر «مختصر المزني» ص ٢٦٢.

والدفع كيلا يسقط بإسقاط العبد وهو معنى نسبة هذه الحقوق إلى الله تبارك وتعالى، وهذا المعنى موجود في حد القذف لأن مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة بإقامة هذا الحد، فكان حق الله عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود، إلا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف، وهذا لا ينفي كونه حقاً لله تعالى عز شأنه على الخلوص كحد السرقة أنه خالص حق الله عز شأنه وإن كانت الدعوى من المسروق منه شرطاً، ثم نقول: إنما شرط فيه الدعوى وإن كان خالص حق الله تعالى عز اسمه لأن المقذوف يطالب القاذف ظاهراً وغالباً دفعاً للعار عن نفسه فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة، ولأن حقوق العباد تجب بطريق المماثلة، إما صورة ومعنى، وإما معنى لا صورة لأنها تجب بمقابلة المحل جبراً، والجبر لا يحصل إلا بالمثل ولا مماثلة بين الحد والقذف لا صورة ولا معنى فلا يكون حقه. وأما حقوق الله سبحانه وتعالى فلا يعتبر فيها المماثلة لأنها تجب جزاءً للفعل كسائر الحدود.

ولنا أيضاً دلالة الإجماع من وجهين:

أحدهما: أن ولاية الاستيفاء للإمام بالإجماع، ولو كان حق المقذوف لكان ولاية الاستيفاء له كما في القصاص.

والثاني: أنه يتنصف برق القاذف وحق الله تعالى هو الذي يحتمل التنصيف بالرق لا حق العبد، لأن حقوق الله تعالى تجب جزاءً للفعل، والجزاء يزداد بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها، والجناية تتكامل بكمال حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله. فأما حق العبد فإنه يجب بمقابلة المحل ولا يختلف باختلاف حال الجاني.

وإذا ثبت أن حد القذف حق الله تعالى خالصاً أو المغلب فيه حقه فنقول: لا يصح العفو عنه، لأن العفو إنما يكون من صاحب الحق ولا يصح الصلح والاعتياض لأن الاعتياض عن حق الغير لا يصح ولا يجري فيه الإرث، لأن الإرث إنما يجري في المتروك من ملك أو حق/ للمورث على ما قال عليه الصلاة والسلام: «**مَنْ تَرَكَ مَالاً أَوْ حَقاً فهو لِوَرَثَتِه**»[1] ولم يوجد شيء من ذلك فلا يورث ولا يجري فيه التداخل لما ذكرنا. والله أعلم.

فصل: وأما بيان مقدار الواجب منها، فمقدار الواجب في حد الزنا إذا لم يكن الزاني محصناً مائة جلدة إن كان حراً وإن كان مملوكاً فخمسون لقوله عز شأنه: ﴿**فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ**﴾[2] ولأن العقوبة على قدر الجناية، والجناية تزداد بكمال حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله، والعبد أنقص حالاً من الحر، لاختصاص الحر بنعمة الحرية فكانت جنايته أنقص، ونقصان الجناية يوجب نقصان العقوبة، لأن الحكم يثبت على قدر العلة. هذا أمر معقول إلا أن التنقيص بالتنصيف في غيره من المقادير ثبت شرعاً بقوله تعالى جل شأنه: ﴿**فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ**

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٤/ ١٣٣) وأبو داود في «السنن» كتاب الفرائض باب في أرزاق الذرية (٢٨٩٩) وابن ماجه في «السنن» كتاب الفرائض باب ذوي الأرحام (٢٧٣٨) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٢١٤). وابن حبان في «صحيحه» كتاب الفرائض باب ميراث ذوي الأرحام (٦٠٣٥ ـ ٦٠٣٦).

(٢) سورة النساء، الآية: (٢٥).

الْعَذَابِ﴾[١] وفي حد الشرب والسكر والقذف ثمانون في الحر وأربعون في العبد لما قلنا، وفي حد السرقة لا يختلف قدر الواجب بالرق والحرية لعموم قوله تبارك وتعالى: ﴿السَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾[٢] ولا يختلف بالذكورة والأنوثة في شيء من الحدود. والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل: وأما شرائط جواز إقامتها فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض. أما الذي يعم الحدود كلها فهو الإمامة وهو أن يكون المقيم للحد هو الإمام أو من ولاه الإمام، وهذا عندنا، وعند الشافعي[٣]: هذا ليس بشرط وللرجل أن يقيم الحد على مملوكه إذا ظهر الحد عنده بالإقرار أربعاً عندنا ومرة عنده، وبالمعاينة بأن رأى عبده زنى بأجنبية. ولو ظهر عنده بالشهود بأن شهدوا عنده والمولى من أهل القضاء فله فيه قولان. وكذا في إقامة المرأة الحد على مملوكها وإقامة المكاتب الحد على عبد من أكسابه له فيه قولان. احتج بما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أَقِيمُوا الحُدُودَ عَلَى مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم»[٤] وهذا نص.

وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «إِذَا زَنَت أَمةُ أَحَدِكُمْ فَلْيَجْلِدْهَا، فَإِنْ عَادَتْ فَلْيَجْلِدْهَا فَإِنْ عَادَتْ فَلْيَجْلِدْهَا فَإِنْ عَادَتْ فَلْيَبِعْهَا وَلَوْ بِضَفِيْر»[٥] أي بحبل. وهذا أيضاً نص في الباب، ولأن السلطان إنما ملك الإقامة لتسلطه على الرعية، وتسلط المولى على مملوكه فوق تسلط السلطان على رعيته. ألا ترى أنه يملك الإقرار عليه بالدين ويملك عليه التصرفات، والإمام لا يملك شيئاً من/ ذلك، فلما ثبت الجواز للسلطان فالمولى أولى، ولهذا ملك إقامة التعزير عليه كذا الحد.

ولنا: أن ولاية إقامة الحدود ثابتة للإمام بطريق التعيين والمولى لا يساويه فيما شرع له بهذه الولاية فلا يثبت له ولاية الإقامة استدلالاً بولاية إنكاح الصغار والصغائر لأنها لما ثبتت للأقرب لم تثبت لمن لا يساويه فيما شرع له الولاية وهو الأبعد.

وبيان ذلك أن ولاية إقامة الحد إنما ثبتت للإمام لمصلحة العباد وهي صيانة أنفسهم وأموالهم وأعراضهم، لأن القضاة يمتنعون من التعرض خوفاً من إقامة الحد عليهم والمولى لا يساوي الإمام في هذا المعنى، لأن ذلك يقف على الإمامة، والإمام قادر على الإقامة لشوكته ومنعته وانقياد الرعية له قهراً وجبراً ولا يخاف تبعة الجناة وأتباعهم لانعدام المعارضة بينهم وبين الإمام، وتهمة الميل والمحاباة والتواني عن

---

(١) سورة النساء، الآية: (٢٥).

(٢) سورة المائدة، الآية: (٣٨).

(٣) انظر «المبسوط» (٩/ ٨١) و«المدونة» (٦/ ٢٦٠).

(٤) أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ١٣٦) وأبو داود في «السنن الكبرى» كتاب الحدود باب في إقامة الحدود على المريض (٤٤٧٣).
والدارقطني في «السنن» (٣/ ١٥٨).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٤٥).

(٥) أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الحدود باب رجم اليهود وأهل الذمة في الزنى (٤٤٢٠ - ٤٤٢١ - ٤٤٢٢) والبخاري في «الصحيح» كتاب البيوع باب بيع العبد الزاني (٢١٥٢) وأبو داود في «السنن» كتاب الحدود باب في الأمة تزني ولم تحصن (٤٤٧٠).

الإقامة منتفية في حقه فيقيم على وجهها فيحصل الغرض المشروع له الولاية بيقين. وأما المولى فربما يقدر على الإقامة نفسها وربما لا يقدر لمعارضة العبد إياه ولأنه رقباني مثله يعارضه فيمنعه عن الإقامة خصوصاً عند خوف الهلاك على نفسه فلا يقدر على الإقامة. وكذا المولى يخاف على نفسه وماله من العبد الشرير لو قصد إقامة الحد عليه أن يأخذ بعض أمواله ويقصد إهلاكه ويهرب منه فيمتنع عن الإقامة. ولو قدر على الإقامة فقد يقيم وقد لا يقيم لما في الإقامة من نقصان قيمته بسبب عيب الزنا والسرقة أو يخاف سراية الجلدات إلى الهلاك، والمرء مجبول على حب المال. ولو أقام فقد يقيم على الوجه وقد لا يقيم على الوجه بل من حيث الصورة فلا يحصل الزجر فثبت أن المولى لا يساوي الإمام في تحصيل ما شرع له إقامة الحد فلا يزاحمه في الولاية بخلاف التعزير من وجهين:

أحدهما: أن التعزير هو التعيير والتوبيخ وذلك غير مقدر فقد يكون بالحبس وقد يكون برفع الصوت وتعبيس الوجه، وقد يكون بضرب أسواط على حسب الجناية وحال الجاني لما نذكره في موضعه، والمولى يساوي الإمام في هذا لأنه من باب التأديب، فله قدرة التأديب، والعبد ينقاد لمثله للمولى ولا يعارضه، فالمولى أيضاً لا يمتنع عن هذا القدر من الإيلام لأنه لا يوجب نقصاناً في مالية العبد ولا تعييناً فيه بخلاف الحد.

والثاني: أن في التعزير ضرورة/ ليست في الحد، لأن أسباب التعزير مما يكثر وجودها فيحتاج المولى إلى أن يعزر مملوكه في كل يوم وفي كل ساعة. وفي الرفع إلى الإمام في كل حين وزمان حرج عظيم على الموالي، ففوضت إقامة الحد إلى الموالي شرعاً، أو صار المولى مأذوناً في ذلك من جهة الإمام دلالة وصار نائباً عن الإمام فيه، ولا حرج في الحد لأنه لا يكثر وجوده لانعدام كثرة أسباب وجوبه.

وأما الحديثان فيحتمل أن يكون خطاباً لقوم معلومين علم عليه الصلاة والسلام منهم من طريق الوحي أنهم يقيمون الحدود من غير تقصير مثل الأمير والسلطان، ويحتمل أن يكون ذلك خطاباً للأئمة في حق عبيدهم والتخصيص للترغيب في إقامة الحد لما أن الأئمة والسلاطين لا يباشرون الإقامة بأنفسهم عادة بل يفوضونها إلى الحكام والمحتسبين، وقد يجيء منهم في ذلك تقصير، ويحتمل الإقامة بطريق التسبب بالسعي لرفع ذلك إلى الإمام بطريق الحسبة وتخصيص المولى للترغيب لهم في الإقامة لاحتمال الميل والتقصير في ذلك. ويحتمل أن يكون المراد من الحد المذكور في الحديث التعزير لوجود معنى الحد فيه وهو المنع فلا يصح الاحتجاج بهما مع الاحتمال والله تعالى أعلم.

وللإمام أن يستخلف على إقامة الحدود لأنه لا يقدر على استيفاء الجميع بنفسه لأن أسباب وجوبها توجد في أقطار دار الإسلام ولا يمكنه الذهاب إليها، وفي الإحضار إلى مكان الإمام حرج عظيم، فلو لم يجز الاستخلاف لتعطلت الحدود وهذا لا يجوز، ولهذا كان عليه الصلاة والسلام يَجْعَلُ إِلَى الْخُلَفَاءِ تَنْفِيذَ الأَحْكَامِ وَإِقَامَةَ الحُدُودِ، ثم الاستخلاف نوعان: تنصيص وتولية أما التنصيص فهو أن ينص على إقامة الحدود، فيجوز للخليفة إقامتها بلا شك. وأما التولية فعلى ضربين: عامة وخاصة، فالعامة هي أن يولي رجلاً ولاية عامة مثل إمارة إقليم أو بلد عظيم، فيملك المولى إقامة الحدود وإن لم ينص عليها، لأنه لما قلده إمارة ذلك البلد فقد فوض إليه القيام بمصالح المسلمين، وإقامة الحدود معظم مصالحهم فيملكها.

والخاصة هي أن يولي رجلاً ولاية خاصة مثل جباية الخراج ونحو ذلك فلا يملك إقامة الحدود، لأن هذه التولية لم تتناول إقامة الحدود.

ولو استعمل أمير على الجيش الكبير، فإن كان أمير مصر أو مدينة فغزا بجنده فإنه يملك إقامة الحدود في معسكره، لأنه كان يملك الإقامة في بلده، فإذا خرج بأهله أو ببعضهم/ ملك عليهم ما كان يملك فيهم قبل الخروج. وأما من أخرجه أمير البلد غازياً فما كان يملك إقامة الحد عليهم قبل الخروج وبعد الخروج لم يفوض إليه الإقامة فلا يملك الإقامة، والإمام العدل له أن يقيم الحدود وينفذ القضاء في معسكره، كما له أن يفعل ذلك في المصر، لأن للإمام ولاية على جميع دار الإسلام ثابتة. وكذا إذا استعمل قاضياً له أن يفعل ذلك في المعسكر لأنه نائب الإمام. والله تعالى أعلم.

وأما الذي يخص البعض دون البعض فمنها البداية من الشهود في حد الرجم إذا ثبت بالشهادة، حتى لو امتنع الشهود عن البداية أو ماتوا أو غابوا كلهم أو بعضهم لا يقام الرجم على المشهود عليه. وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف استحساناً.

وروي عن أبي يوسف رواية أخرى: أنها ليست بشرط ويقام الرجم على المشهود عليه، وهو قول الشافعي رحمه الله وهو القياس.

وجه القياس: أن الشهود فيما وراء الشهادة وسائر الناس سواء، ثم لا تشترط البداية من أحد منهم فكذا من الشهود. ولأن الرجم أحد نوعي الحد فيعتبر بالنوع الآخر وهو الجلد والبداية من الشهود ليست بشرط فيه. كذا في الرجم.

ولنا: ما روي عن سيدنا علي رضي الله عنه أنه قال: «يَرجِمُ الشُّهُودُ أَوَّلاً ثُمَّ الإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ»[1]، وكلمة ثم للترتيب، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون إجماعاً، ولأن في اعتبار الشرط احتياطاً في درىء الحد، لأن الشهود إذا بدؤا بالرجم ربما استعظموا فعله فيحملهم ذلك على الرجوع عن الشهادة فيسقط الحد عن المشهود عليه بخلاف الجلد، لأنا إنما عرفنا البداية شرطاً استحساناً بالأثر فيسقط الحد عليه والأثر ورد في الرجم خاصة فيبقى أمر الجلد على أصل القياس، ولأن الجلد لا يحسنه كل أحد ففوض استيفاؤه إلى الأئمة بخلاف الرجم. والله تعالى أعلم.

ومنها: أهلية أداء الشهادة للشهود عند الإقامة في الحدود كلها حتى لو بطلت الأهلية بالفسق أو الردة أو الجنون أو العمى أو الخرس أو حد القذف بأن فسق الشهود أو ارتدوا أو جنوا أو عموا أو خرسوا أو ضربوا حد القذف كلهم أو بعضهم لا يقام الحد على المشهود عليه، لأن اعتراض أسباب الجرح على الشهادة عند إمضاء الحد بمنزلة اعتراضها عند القضاء به واعتراضها عند القضاء يبطل الشهادة فكذا عند الإمضاء/ في باب الحدود عن القضاء، وأما موت الشهود وغيبتهم عند الإقامة فلا يمنعان من الإقامة في سائر الحدود إلا الرجم، حتى لو ماتوا كلهم أو غابوا كلهم أو بعضهم يقام الحد على المشهود عليه إلا الرجم لأنهما ليسا من

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٣٣٥٣) وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥/ ٥٤٤). والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٢٠).

أسباب الجرح، لأن أهلية الشهادة لا تبطل بالموت والغيبة بل تتناهى وتتقرر وتختم بها العدالة على وجه لا يحتمل الجرح. وفي حد الرجم إنما يمنعان الإقامة لا لأنهما يجرحان في الشهادة بل لأن البداية من الشهود شرط جواز الإقامة ولم توجد.

وروي عن محمد في الشهود إذا كانوا مقطوعي الأيدي أو بهم مرض لا يستطيعون الرمي: أن الإمام يرمي ثم الناس وجعل قطع اليد أو المرض عذراً في فوات البداية ولم يجعل الموت عذراً فيه، وإن ثبت الرجم بالإقرار يبدأ به الإمام ثم الناس والله تعالى أعلم.

ومنها: أن لا يكون في إقامة الجلدات خوف الهلاك، لأن هذا الحد شرع زاجراً لا مهلكاً، فلا يجوز الإقامة في الحر الشديد والبرد الشديد لما في الإقامة فيهما من خوف الهلاك، ولا يقام على مريض حتى يبرأ لأنه يجتمع عليه وجع المرض وألم الضرب فيخاف الهلاك، ولا يقام على النفساء حتى ينقضي النفاس لأن النفاس نوع مرض، ويقام على الحائض لأن الحيض ليس بمرض، ولا يقام على الحامل حتى تضع وتطهر من النفاس لأن فيه خوف هلاك الولد والوالدة. ويقام الرجم في هذا كله إلا على الحامل، لأن ترك الإقامة في هذه الأحوال للاحتراز عن الهلاك والرجم حد مهلك فلا معنى للاحتراز عن الهلاك فيه، إلا أنه لا يقام على الحامل لأن فيه إهلاك الولد بغير حق، ولا يجمع الضرب في عضو واحد، لأنه يفضي إلى تلف ذلك العضو أو إلى تمزيق جلده، وكل ذلك لا يجوز، بل يفرق الضرب على جميع الأعضاء من الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين إلا الوجه والفرج والرأس، لأن الضرب على الفرج مهلك عادة. وقد روي عن سيدنا علي رضي الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ أنه قال: «اتَّقِ وَجْهَهُ وَمَذَاكِيْرَهُ»[1] والضرب على الوجه يوجب المثلة، وقد نهى رسول الله ﷺ عن المثلة، والرأس مجمع الحواس وفيه العقل، فيخاف من الضرب عليه فوات العقل أو فوات بعض الحواس وفيه إهلاك الذات/ من وجه.

وقال أبو يوسف رحمه الله أيضاً: لا يضرب الصدر والبطن ويضرب الرأس سوطاً أو سوطين.

أما الصدر والبطن فلأن فيه خوف الهلاك، وأما الرأس فلقول سيدنا عمر رضي الله عنه: «اضْرِبُوْا الرَّأْسِ فَإِنَّ فِيْهِ شَيْطَانَاً»[2].

والجواب أن الحديث ورد في قتل أهل الحرب، خصوصاً قوماً كانوا بالشأم يحلقون أوساط رؤوسهم، ثم تفريق الضرب على الأعضاء مذهبنا.

وقال الشافعي[3] عليه الرحمة: يضرب كله على الظهر. وهذا ليس بسديد، لأن المأمور به هو الجلد وأنه مأخوذ من ضرب الجلد، والضرب على عضو واحد ممزق للجلد وبعد تمزيق الجلد لا يمكن الضرب

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (١٣٥١٧).
والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٢٣٧).
والنهي عن ضرب الوجه في «الصحيح» مسلم كتاب البر والصلة باب النهي عن ضرب الوجه (٢٦١٢) والبخاري كتاب العتق باب إذا ضرب العبد فليجتنب الوجه (٢٥٥٩).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٥) رقم الباب (١٧٩) عن أبي بكر وانظر «تلخيص الحبير» (٤/ ٧٨). قال وفيه ضعف وانقطاع.

(٣) انظر «الإشراف» (٢/ ٢٣ و ٢٤) و «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٢٨٨).

على الجلد بعد ذلك، ولأن في الجمع على عضو واحد خوف الهلاك، وهذا الحد شرع زاجراً لا مهلكاً، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وأما كيفية إقامة الحدود، فأما حد الرجم فلا ينبغي أن يربط المرجوم بشيء ولا أن يمسك ولا أن يحفر له إذا كان رجلاً بل يقام قائماً، لأن ماعزاً لم يربط ولم يمسك ولا حفر له. ألا يرى أنه روي أنه هرب من أرض قليلة الحجارة إلى أرض كثيرة الحجارة. ولو ربط أو مسك أو حفر له لما قدر على الهرب. وإن كان المرجوم امرأة فإن شاء الإمام حفر لها وإن شاء لم يحفر. أما الحفر فلأنه أستر لها. وقد روي: «أنه عليه الصلاة والسلام حَفَرَ للمَرْأَةِ الغَامِدِيَّةِ إلى ثَنْدُوَتِهَا وَأَخَذَ حَصَاةً مِثْلَ الحمّصة وَرَمَاهَا بِهَا»[1] وحفر سيدنا علي رضي الله عنه: «لِسَرَاحَةَ الهَمَذَانِيَّةِ إِلَى سِرَّتِهَا». وأما ترك الحفر فلأن الحفر للستر وهي مستورة بثيابها، لأنها لا تجرد عند إقامة الحد، ولا بأس لكل من رمى أن يتعمد مقتله، لأن الرجم حد مهلك فما كان أسرع إلى الهلاك كان أولى، إلا إذا كان الرامي ذا رحم محرم من المرجوم فلا يستحب له أن يتعمد مقتله لأنه قطع الرحم من غير ضرورة، لأن غيره يكفيه ويغنيه. وقد روي: «أن حنظلة غسيل الملائكة استأذن رسول الله ﷺ فِي قَتْلِ أَبِيهِ أَبِي عَامِرٍ وَكَانَ مُشْرِكاً فَنَهَاهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ والسَّلَامُ عَنْ ذَلِكَ وَقَالَ: دَعْهُ يَكْفِيكَ غَيْرُكَ»[2].

وأما حد الجلد فأشد الحدود ضرباً حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف لأن جناية الزنا أعظم من جناية الشرب والقذف. أما من جناية القذف فلا شك فيه، لأن القذف نسبة إلى الزنا فكانت دون حقيقة الزنا. وأما من جناية الشرب فلأن قبح الزنا ثبت شرعاً وعقلاً، وحرمة نفس الشرب ثبتت شرعاً لا عقلاً، ولهذا/ كان الزنا حراماً في الأديان كلها بخلاف الشرب. وكذا الخمر يباح عند ضرورة المخمصة والإكراه. ولا يباح الزنا عند الإكراه وغلبة الشبق. وكذا وجوب الجلد في الزنا ثبت بنص الكتاب العزيز المكنون. ولا نص في الشرب، وإنما استخرجه الصحابة الكرام رضي الله عنهم بالاجتهاد والاستدلال بالقذف فقالوا: إذا سكر هذي وإذا هذي افترى وحد المفتري ثمانون. وقال سبحانه وتعالى جل شأنه في حد الزنا: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ﴾[3] قيل في التأويل: أي بتخفيف الجلدات، وإنما كان ضرب القذف أخف الضربين لوجهين:

أحدهما: أن وجوده ثبت بسبب متردد. لأن القاذف يحتمل أن يكون صادقاً في قذفه ولا حد عليه.

والثاني: أنه انضاف إليه رد الشهادة على التأبيد. فجرى فيه نوع تخفيف. ويضرب قائماً ولا يمد على العقابين ولا على الأرض كما يفعل في زماننا لأنه بدعة بل يضرب قائماً ولا يمد السوط بعد الضرب بل يرفع لأن المد بعد الضرب بمنزلة ضربة أخرى فيكون زيادة على الحد. ولا يمد الجلاد يده إلى ما فوق رأسه لأنه يخاف فيه الهلاك أو تمزيق الجلد. ولا يضرب بسوط له ثمرة لأن اتصال الثمرة بمنزلة ضربة أخرى فيصير

---

(١) أخرجه مسلم في «الصحيح» كتاب الحدود باب من اعترف على نفسه بالزنى (٤٤٠٦، ٤٤٠٨). وأبو داود في «السنن» كتاب الحدود باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها من جهينة (٤٤٤٠، ٤٤٤١) والترمذي في «السنن» الكتاب الحدود باب تربص الرجم بالحبلى حتى تضع (١٤٣٥) والنسائي في «السنن» كتاب الجنائز باب الصلاة على المرجوم (١٩٥٦).

(٢) انظر «الإصابة» (١/ ٣٦١) ترجمة حنظلة ابن أبي عامر وقال: رواه ابن شاهين بإسناد حسن.

(٣) سورة النور، الآية: (٢).

كل ضربة بضربتين فيكون زيادة على القدر المشروع. وينبغي أن يكون الجلاد عاقلاً بصيراً بأمر الضرب فيضرب ضربة بين ضربتين ليس بالمبرح ولا بالذي لا يوجد فيه مس. ويجرد الرجل في حد الزنا ويضرب على إزار واحد لأنه أشد الحدود ضرباً. ومعنى الشدة لا يحصل إلا بالتجريد. وفي حد الشرب يجرد أيضاً في الرواية المشهورة وروي عن محمد رحمه الله أنه لا يجرد.

وجه هذه الرواية: أن ضرب الشرب أخف من ضرب الزنا فلا بد من إظهار آية التخفيف وذلك بترك التجريد.

وجه الرواية المشهورة: أنه قد جرى التخفيف فيه مرة في الضرب فلو خفف فيه ثانياً بترك التجريد لا يحصل المقصود من الحد وهو الزجر. ولا يجرد في حد القذف بلا خلاف لأن وجوبه بسبب متردد محتمل فيراعى فيه التخفيف بترك التجريد كما روعي في أصل الضرب بخلاف حد الشرب لأن وجوبه ثبت بسبب لا تردد فيه.

وأما المرأة فلا ينزع عنها ثيابها إلا الحشو والفرو في الحدود كلها لأنها عورة وتضرب قاعدة لأن ذلك أستر لها، ويفرق الضرب في الأعضاء كلها لما ذكرنا لأن الجمع في عضو واحد يقع إهلاكاً للعضو أو تمزيقاً أو تخريقاً/ للجلد وكل ذلك ليس بمشروع فيفرق على الأعضاء كلها إلا الوجه والمذاكير والرأس وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم. ولا يقام شيء من ذلك في المسجد، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ قال: «لاَ تُقَام الحُدُودُ فِي المَسَاجِدِ»[1] وهذا نص في الباب، ولأن تعظيم المسجد واجب وفي إقامة الحدود فيه ترك تعظيمه. يؤيده أنا نهينا عن سل السيوف في المساجد. قال عليه الصلاة والسلام: «جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ صِبْيَانَكُمْ وَمَجَانِيْنَكُمْ وَبِيَاعَاتِكُمْ وأَشْرِيَتِكُمْ وسل سُيُوفِكُمْ تَعْظِيماً لِلْمَسْجِدِ»[2] ومعلوم أن سل السيف في ترك التعظيم دون الجلد والرجم، فلما كره ذلك فلأن يكره هذا أولى. ولأن إقامة الحدود في المسجد لا تخلو عن تلويثه فتجب صيانة المسجد عن ذلك، وينبغي أن تقام الحدود كلها في ملأ من الناس لقوله تبارك وتعالى عز اسمه: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ المُؤْمِنِينَ﴾[3]، والنص وإن ورد في حد الزنا لكن النص الوارد فيه يكون وارداً في سائر الحدود دلالة، لأن المقصود من الحدود كلها واحد وهو زجر العامة، وذلك لا يحصل إلا وأن تكون الإقامة على رأس العامة، لأن الحضور ينزجرون بأنفسهم بالمعاينة، والغيب ينزجرون بإخبار الحضور فيحصل الزجر للكل. وكذا فيه منع الجلاد من المجاوزة عن الحد الذي جعل له، لأنه لو جاوز لمنعه الناس عن المجاوزة، وفيه أيضاً دفع التهمة والميل فلا يتهمه الناس أن يقيم الحد عليه بلا

(١) أخرجه الترمذي في «السنن» كتاب الديات باب في الرجل يقتل ابنه يعاونه أم لا؟ (١٤٠١).
والدارمي في «السنن» برقم (٢٣٦٢).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الحدود، باب النهي عن إقامة الحدود في المساجد (٢٥٩٩) عن ابن عباس.
وأخرجه أبو داود في «السنن» (٤٤٩٠) كتاب الحدود باب في إقامة الحد في المسجد.
وأحمد في «المسند» (٣/٤٠٣) عن حكيم بن حزام.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/١٠٣) وقال: العلاء بن كثير هذا ـ رجل في سنده شامي منكر الحديث وقيل مكحول عن يحيى بن العلاء وابن عدي في «الكامل» (٥/٢١٩) عن معاذ مرفوعاً وليس بصحيح.

(٣) سورة النور، الآية: (٢).

جرم سبق منه. والله تعالى الموفق.

فصل: وأما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له أنواع: منها الرجوع عن الإقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في الرجوع وهو الإنكار، ويحتمل أن يكون كاذباً فيه، فإن كان صادقاً في الإنكار يكون كاذباً في الإقرار، وإن كان كاذباً في الإنكار يكون صادقاً في الإقرار فيورث شبهة في ظهور الحد. والحدود لا تستوفى مع الشبهات.

وقد روي أن ماعزاً لما أقر بين يدي رسول الله ﷺ بالزنا لقنه الرجوع فقال عليه الصلاة والسلام: «لَعَلَّكَ قَبَّلْتَهَا لَعَلَّكَ مَسَسْتَهَا»[١]، وقال عليه الصلاة والسلام: لِتِلْكَ المَرْأَةِ: «أَسَرَقْتِ؟ قُولِي لاَ، مَا أَخَالُكِ سَرَقْتِ»[٢]. وكان ذَلِكَ مِنه عَلَيْهِ الصَّلاَةُ والسَّلاَمُ تَلْقِيناً لِلرُجُوعِ، فلو لم يكن محتملاً للسقوط بالرجوع ما كان للتلقين معنى: وهذا هو السنة للإمام إذا أقر إنسان عنده بشيء من أسباب الحدود الخالصة أن يلقنه الرجوع درءاً للحد، كما فعل عليه الصلاة والسلام/ في الزنا والسرقة، وسواء رجع قبل القضاء أو بعده، قبل الإمضاء أو بعد إمضاء بعض الجلدات أو بعض الرجم وهو حي بعد لما قلنا.

ثم الرجوع عن الإقرار قد يكون نصاً وقد يكون دلالة بأن أخذ الناس في رجمه فهرب ولم يرجع، أو أخذ الجلاد في الجلد فهرب ولم يرجع حتى لا يتبع ولا يتعرض له، لأن الهرب في هذه الحالة دلالة الرجوع.

وروي أنه لما هرب ماعز ذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «هَلاَّ خَلَّيْتُمْ سَبِيلَهُ»[٣] دل أن الهرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد، وكما يصح الرجوع عن الإقرار بالزنا يصح عن الإقرار بالإحصان، حتى لو ثبت على الإقرار بالزنا ورجع عن الإقرار بالإحصان يسقط عنه الرجم ويجلد، لأن الإحصان شرط صيرورة الزنا علة لوجوب الرجم فيصح الرجوع عنه كما يصح عن الزنا فيبطل الإحصان ويبقى الزنا فيجب الجلد.

وأما الرجوع عن الإقرار بالقذف فلا يسقط الحد، لأن هذا الحد حق العبد من وجه، وحق العبد بعدما ثبت لا يحتمل السقوط بالرجوع كالقصاص وغيره. ومنها تصديق المقذوف القاذف في القذف، لأنه لما صدقه فقد ظهر صدقه في القذف ومن المحال أن يحد الصادق على الصدق، ولأن حد القذف إنما وجب لدفع عار الزنا وشينه عن المقذوف، ولما صدقه في القذف فقد التزم العار بنفسه فلا يندفع عنه بالحد فيسقط ضرورة.

ومنها: تكذيب المقذوف المقر في إقراره بالقذف بأن يقول له: إنك لم تقذفني بالزنا لأنه لما كذبه بالقذف فقد كذب نفسه في الدعوى، والدعوى شرط ظهور هذا الحد.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه النسائي في «السنن» كتاب قطع السارق باب تلقين السارق (٨/ ٦٧).
وأبو داود في «السنن» كتاب الحدود باب في التلقين في الحد (٤٣٨٠).
وابن ماجه في «السنن» كتاب الحدود باب تلقين السارق (٢٥٩٧) ولكن في قصة رجل سرق لا امرأة.

(٣) تقدم.

ومنها: تكذيب المقذوف حجته على القذف وهي البينة بأن يقول بعد القضاء بالحد قبل الإمضاء: شهودي شهدوا بزور، لأنه يحتمل أن يكون صادقاً في التكذيب فثبت الشبهة، ولا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة.

ومنها: تكذيب المزني بها المقر بالزنا قبل إقامة الحد عليه، بأن قال رجل: زنيت بفلانة فكذبته وأنكرت الزنا وقالت: لا أعرفك ويسقط الحد عن الرجل وهذا قولهما. وقال محمد: لا يسقط. كذا ذكر الكرخي رحمه الله الاختلاف. وذكر القاضي في «شرحه» قول أبي يوسف مع قول محمد.

وجه قوله: أن زنا الرجل قد ظهر بإقراره، وامتناع الظهور في جانب المرأة لمعنى يخصها وهو إنكارها فلا يمنع الظهور في جانب الرجل. ولهما: أن الزنا لا يقوم إلا بالفاعل والمحل، فإذا لم يظهر في جانبها امتنع الظهور في/ جانبه. هذا إذا أنكرت ولم تدع على الرجل حد القذف، فإن ادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ويسقط حد الزنا لأنه لا يجب عليه حدان. هذا إذا كذبته ولم تدع النكاح.

فأما إذا ادعت النكاح والمهر قبل إقامة الحد عليه يسقط الحد عن الرجل بالإجماع لأنه لم يجب عليها للشبهة لاحتمال أن تكون صادقة في دعوى النكاح فتمكنت الشبهة في وجوب الحد عليها. وإذا لم يجب عليها الحد تعدى إلى جانب الرجل فسقط عنه وعليه المهر، لأن الوطء لا يخلو عن عقوبة أو غرامة، وإن كان دعوى النكاح منها بعد إقامة الحد على الرجل لا مهر لها عليه، لأن الوجوب في الفصل الأول لضرورة إقامة الحد ولم توجد.

وعلى هذا أقرت المرأة بالزنا مع فلان فأنكر الرجل وكذبها أو ادعى النكاح على الاتفاق والاختلاف. ولو أقر الرجل بالزنا بفلانة فادعت المرأة الاستكراه يحد الرجل بالاتفاق، فرق بين هذا وبين الأول.

ووجه الفرق: أن المرأة في الفصل الأول أنكرت وجود الزنا فلم يثبت الزنا من جانبها فتعدى إلى جانب الآخر، وههنا أقرت بالزناد لكنها ادعت الشبهة لمعنى يخصها وهو كونها مكرهة فلا يتعدى إلى جانب الرجل. والدليل على التفرقة بينهما أنا لو تيقنا بالإكراه يقام الحد على الرجل بالإجماع. ولو تيقنا بالنكاح في الفصل الأول لا يقام الحد على الرجل. والله تعالى أعلم.

ومنها: رجوع الشهود بعد القضاء قبل الإمضاء، لأن رجوعهم يحتمل الصدق والكذب فيورث شبهة، والحدود لا تستوفىٰ مع الشبهات. وقد ذكرنا الأحكام المتعلقة برجوع الشهود في باب الحدود كلهم أو بعضهم قبل القضاء أو بعده، قبل الإمضاء أو بعده بما فيه من الاتفاق والاختلاف في كتاب الرجوع عن الشهادات.

ومنها: بطلان أهلية شهادتهم بعد القضاء قبل الإمضاء بالفسق والردة والجنون والعمى والخرس وحد القذف لما ذكرنا فيما تقدم.

ومنها: موتهم في حد الرجم خاصة في ظاهر الرواية لما ذكرنا أن البداية بالشهود شرط جواز الإقامة، وقد فات بالموت، على وجه لا يتصور عوده فسقط الحد ضرورة.

وأما اعتراض ملك النكاح أو ملك اليمين فهل يسقط الحد بأن زنا بامرأة ثم تزوجها، أو بجارية ثم اشتراها؟ عن أبي حنيفة رضي الله عنه فيه ثلاث روايات:/ روى محمد رحمه الله عنه أنه لا يسقط. وهو قول أبي يوسف ومحمد. وروى أبو يوسف عنه أنه يسقط.

وروى الحسن عنه: أن اعتراض الشراء يسقط واعتراض النكاح لا يسقط.

وجه رواية الحسن: أن البضع لا يصير مملوكاً للزوج بالنكاح، بدليل أنها إذا وطئت بشبهة كان العقر لها، والعقر بدل البضع. والبدل إنما يكون لمن كان له المبدل فلم يحصل استيفاء منافع البضع من محل مملوك له فلا يورث شبهة وبضع الأمة يصير مملوكاً للمولى بالشراء. ألا ترى أنها لو وطئت بشبهة كان العقر للمولى فحصل الاستيفاء من محل مملوك له فيورث شبهة فصار كالسارق إذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الإمضاء.

وجه رواية أبي يوسف: أن المرأة تصير مملوكة للزوج بالنكاح في حق الاستمتاع فحصل الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة، كالسارق إذا ملك المسروق. وجه رواية محمد رحمه الله: أن الوطء حصل زنا محضاً لمصادفته محلاً غير مملوك له فحصل موجباً للحد والعارض وهو الملك لا يصلح مسقطاً لاقتصاره على حالة ثبوته لأنه يثبت بالنكاح والشراء، وكل واحد منهما وجد للحال فلا يستند الملك الثابت به إلى وقت وجود الوطء فبقي الوطء خالياً عن الملك فبقي زنا محضاً موجباً للحد بخلاف السارق إذا ملك المسروق لأن هناك وجد المسقط وهو بطلان ولاية الخصومة، لأن الخصومة هناك شرط وقد خرج المسروق منه من أن يكون خصماً بملك المسروق لذلك افترقا. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ولو غصب جارية فزنا بها فماتت، روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما: أن عليه الحد وقيمة الجارية، وروى الحسن عنهما: أن عليه القيمة ولا حد عليه. وذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين.

وجه رواية أبي يوسف: أن الضمان لا يجب إلا بعد هلاك الجارية، وهي بعد الهلاك لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب بالضمان فلا يمتنع وجوب الحد. وجه رواية الحسن: أن الضمان لا يجب بعد الهلاك، وإنما يجب في آخر جزء من أجزاء الحياة وهي محتملة لملك في ذلك الوقت فيستند إلى وقت وجود السبب، ولأن حياة المحل تشترط لثبوت الملك فيه مقصوداً بمبادلة مقصودة والملك ههنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد في عقد المبادلة فلا يشترط له حياة المحل، فيثبت الملك في الميت وأن يمنع وجوب الحد.

ولو غصب حرة/ فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية، لأن ملك الضمان في الحرة لا يوجب ملك المضمون لأن المحل لا يحتمل التملك فلا يمتنع وجوب الحد بخلاف الأمة. والله عز وجل أعلم.

فصل: وأما حكم الحدود إذا اجتمعت، فالأصل في أسباب الحدود إذا اجتمعت أن يقدم حق العبد في الاستيفاء على حق الله عز وجل لحاجة العبد إلى الانتفاع بحقه. وتعالى الله تعالى عن الحاجات.

ثم ينظر إن لم يمكن استيفاء حقوق الله تعالى تسقط ضرورة، وإن أمكن استيفاؤها فإن كان في إقامة

شيء منها إسقاط البواقي يقام ذلك درءاً للبواقي، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**ادْرَءُوا الحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ**»[١]، وإن لم يكن في إقامة شيء منها إسقاط البواقي يقام الكل جمعاً بين الحقين في الاستيفاء. وإذا ثبت هذا فنقول: إذا اجتمع القذف والشرب والسكر والزنا من غير إحصان والسرقة بأن قذف إنساناً بالزنا وشرب الخمر وسكر من غير الخمر من الأشربة المعهودة وزنى وهو غير محصن وسرق مال إنسان ثم أتى به إلى الإمام بدأ الإمام بحد القذف فيضربه لأنه حق الله عز وجل من وجه وما سواه حقوق العباد على الخلوص فيقدم استيفاؤه ثم يستوفي حقوق الله تعالى لأنه يمكن استيفاؤها وليس في إقامة شيء منها إسقاط البواقي فلا يسقط. ثم إذا ضرب حد القذف يحبس حتى يبرأ من الضرب، ثم الإمام بالخيار في البداية إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بحد السرقة ويؤخر حد الشرب عنهما لأنهما ثبتا بنص الكتاب العزيز وحد الشرب لم يثبت بنص الكتاب الكريم إنما ثبت بإجماع مبني على الاجتهاد أو على خبر الواحد، ولا شك أن الثابت بنص الكتاب آكد ثبوتاً ولا يجمع ذلك كله في وقت واحد، بل يقام كل واحد منهما بعد ما برأ من الأول، لأن الجمع بين الكل في وقت واحد يفضي إلى الهلاك. ولو كان من جملة هذه الحدود حد الرجم بأن زنى وهو محصن يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويرجم ويدرأ عنه ما سوى ذلك، لأن حد القذف حق العبد فيقدم في الاستيفاء. وفي إقامة حد الرجم إسقاط البواقي فيقام درءاً للبواقي لأن الحدود واجبة الدرء ما أمكن فيدرأ، إلا أنه يضمن السرقة لأن المال لا يحتمل الدرء.

وكذا لو كان مع هذه الحدود قصاص في النفس يبدأ بحد القذف ويضمن السرقة ويقتل قصاصاً ويدرأ ما سوى ذلك، وإنما بدىء بحد/ القذف دون القصاص الذي هو خالص حق العبد، لأن في البداية بالقصاص إسقاط حد القذف ولا سبيل إليه، لذلك يبدأ بحد القذف ويقتل قصاصاً ويبطل ما سوى ذلك لتعذر الاستيفاء بعد القتل، إلا أنه يضمن السرقة لما قلنا.

ولو كان مع القصاص في النفس قصاص فيما دون النفس يحد حد القذف يقتص فيما دون النفس ويقتص في النفس ويلغى ما سوى ذلك. ولو لم يكن في الحدود حد القذف ويقتص فيما دون النفس ثم يقتص في النفس ويلغي ما سوى ذلك ولو اجتمعت الحدود الخالصة والقتل يقتص ويلغى ما سوى ذلك، لأن تقديم القصاص على الحدود في الاستيفاء واجب. ومتى قدم استيفاؤه تعذر استيفاء الحدود فتسقط ضرورة. والله تعالى أعلم.

فصل: وأما حكم المحدود فالحد إن كان رجماً فإذا قتل يدفع إلى أهله فيصنعون به ما يصنع بسائر الموتى فيغسلونه ويكفنونه ويصلون عليه ويدفنونه. بهذا أمر رسول الله ﷺ لما رجم ماعزاً. فقال عليه الصلاة والسلام: «**اصْنَعُوا بِهِ مَا تَصْنَعُونَ بِمَوْتَاكُمْ**»[٢].

وإن كان جلداً فحكم المحدود وغيره سواء في سائر الأحكام من الشهادة وغيرها إلا المحدود في القذف خاصة في أداء الشهادة فإنه تبطل شهادته على التأبيد حتى لا تقبل وإن تاب إلا في الديانات عندنا،

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم.

وعند الشافعي[١] رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة، وقد ذكرنا المسألة وفروعها في كتاب الشهادات. والله سبحانه وتعالى الموفق.

فصل: وأما التعزير فالكلام فيه في مواضع: في بيان سبب وجوب التعزير وفي بيان شرط وجوبه، وفي بيان قدره، وفي بيان وصفه وفي بيان ما يظهر به.

أما سبب وجوبه: فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع، سواء كانت الجناية على حق الله كترك الصلاة والصوم ونحو ذلك، أو على حق العبد بأن آذى مسلماً بغير حق بفعل أو بقول يحتمل الصدق والكذب، بأن قال له: يا خبيث يا فاسق يا سارق يا فاجر يا كافر يا آكل الربا يا شارب الخمر ونحو ذلك. فإن قال له: يا كلب يا خنزير يا حمار يا ثور ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير لأن في النوع الأول إنما وجب التعزير لأنه ألحق العار بالمقذوف إذ الناس بين مصدق ومكذب فعزر دفعاً للعار عنه والقاذف في النوع الثاني ألحق العار بنفسه بقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب إليه لا إلى المقذوف.

فصل: وأما شرط وجوبه: فالعقل فقط، فيعزر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد/ مقدر، سواء كان حراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى، مسلماً أو كافراً، بالغاً أو صبياً بعد أن يكون عاقلاً، لأن هؤلاء من أهل العقوبة إلا الصبي العاقل فإنه يعزر تأديباً لا عقوبة لأنه من أهل التأديب. ألا ترى إلى ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «مُرُوا صِبيَانَكُمْ بِالصَّلاَةِ إِذَا بَلَغُوا سَبْعاً واضْربُوهُمْ عَلَيْهَا إِذَا بَلَغُوا عَشْراً»[٢] وذلك بطريق التأديب والتهذيب لا بطريق العقوبة لأنها تستدعي الجناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية، بخلاف المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأنهما ليسا من أهل العقوبة ولا من أهل التأديب.

فصل: وأما قدر التعزير فإنه إن وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد، كما إذا قال لغيره يا فاسق يا خبيث يا سارق ونحو ذلك فالإمام فيه بالخيار إن شاء عزره بالضرب وإن شاء بالحبس وإن شاء بالكهر والاستخفاف بالكلام. وعلى هذا يحمل قول سيدنا عمر رضي الله عنه لعبادة بن الصامت: «يَا أَحْمَق إِنَّ ذَلِكَ كَانَ عَلَى سَبِيْلِ التَعْزِيرِ مِنْهُ إِيَّاهُ لاَ عَلَى سَبِيلِ الشَّتْم» إذ لا يظن ذلك من مثل سيدنا عمر رضي الله عنه لا بأحد فضلاً عن الصحابي.

ومن مشايخنا من رتب التعزير على مراتب الناس، فقال: التعازير على أربعة مراتب: تعزير الأشراف وهم الدهاقون والقواد، وتعزير أشراف الأشراف وهم العلوية والفقهاء، وتعزير الأوساط وهم السوقة، وتعزير الأخساء وهم السفلة، فتعزير أشراف الأشراف بالإعلام المجرد، وهو أن يبعث القاضي أمينه إليه فيقول له: بلغني أنك تفعل كذا وكذا، وتعزير الأشراف بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخطاب بالمواجهة، وتعزير الأوساط الإعلام والجر والحبس، وتعزير السفلة الإعلام والجر والضرب والحبس، لأن المقصود من التعزير هو الزجر وأحوال الناس في الانزجار على هذه المراتب، وإن وجب بجناية في جنسها

---

(١) انظر «الأم» (٧/ ٨٩).

(٢) أخرجه أبو داود في «السنن» كتاب الصلاة باب متى يؤمر الغلام بالصلاة (٤٩٤) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٢/ ١٤، ٢٢٩). والحاكم في «المستدرك» (١/ ١٩٧) وسكت عنه.

الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه، كما إذا قال لصبي أو مجنون: يا زاني أو لذمية أو أم ولد يا زانية فالتعزير فيه بالضرب ويبلغ أقصى غاياته وذلك تسعة وثلاثون في قول أبي حنيفة عليه الرحمة، وعند أبي يوسف خمسة وسبعون. وفي رواية النوادر عنه تسعة وسبعون. وقول محمد عليه الرحمة مضطرب. ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله.

والحاصل: أنه لا خلاف بين أصحابنا رضي الله عنهم أنه لا يبلغ التعزير الحد لما روي عنه/ عليه الصلاة والسلام أنه قال: «مَنْ بلغ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ المُعْتَدِيْنَ»[1]، إلا أن أبا يوسف رحمه الله صرف الحد المذكور في الحديث على الأحرار وزعم أنه الحد الكامل لا حد المماليك لأن ذلك بعض الحد وليس بحد كامل، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل في كل باب، ولأن الأحرار هم المقصودون في الخطاب وغيرهم ملحق بهم فيه.

ثم قال في رواية: ينقص منها سوط، وهو الأقيس، لأن ترك التبليغ يحصل به. وفي رواية قال: ينتقص منها خمسة.

وروي ذلك أثراً عن سيدنا علي رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: «يُعَزَرُ خَمسَةً وَسَبْعِينَ»[2]. قال أبو يوسف رحمه الله: فقلدته في نقصان الخمسة واعتبرت عنه أدنى الحدود وروي عنه أنه قال: أخذت كل فرع من بابه وأخذت التعزير في اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف ليكون إلحاق كل نوع ببابه، وأبو حنيفة صرفه إلى حد المماليك وهو أربعون، لأنه ذكر حداً منكراً فيتناول حداً ما وأربعون حد كامل في المماليك فينصرف إليه، ولأن في الحمل على هذا الحد أخذاً بالثقة والاحتياط، لأن اسم الحد يقع على النوعين، فلو حملناه على ما قاله أبو حنيفة يقع الأمن عن وعيد التبليغ لأنه لا يبلغ[3] ولو حملناه على ما قاله أبو يوسف: لا يقع الأمن عنه لاحتمال أنه أراد به حد المماليك فيصير مبلغاً غير الحد فيلحقه الوعيد فكان الاحتياط فيما قاله أبو حنيفة رحمه الله. والله تعالى الموفق.

فصل: وأما صفته فله صفات: منها أنه أشد الضرب. واختلف المشايخ في المراد بالشدة المذكورة.

قال بعضهم: أريد بها الشدة من حيث الجمع، وهي أن يجمع الضربات فيه على عضو واحد ولا يفرق بخلاف الحدود.

وقال بعضهم: المراد منها الشدة في نفس الضرب وهو الإيلام، ثم إنما كان أشد الضرب لوجهين:

أحدهما: أنه شرع للزجر المحض ليس فيه معنى تكفير الذنب، بخلاف الحدود فإن معنى الزجر فيها يشوبه معنى التكفير للذنب. قال عليه الصلاة والسلام: «الحُدُوْدُ كَفَّارَاتٌ لأَهْلِهَا»[4] فإذا تمحض التعزير

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٣٢٧) وقال: والمحفوظ هذا الحديث مرسل.

(٢) قال الزيلعي: غريب، وذكره البغوي في «شرح السنة» «نصب الراية» (٣/ ٣٥٤).

(٣) وذكر الطحاوي كما في «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٣٠٤) عن أبي حنيفة ومحمد والشافعي: لا يبلغ بالتعزير أربعين سوطاً وهو قول شبرمة والحسن بن حي.

(٤) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٣٢٩).

=

للزجر فلا شك أن الأشد أزجر فكان في تحصيل ما شرع له أبلغ.

والثاني: أنه قد نقص عن عدد الضربات فيه فلو لم يشدد في الضرب لا يحصل المقصود منه وهو الزجر.

ومنها: أنه يحتمل العفو والصلح والإبراء لأنه حق العبد خالصاً فتجري فيه هذه الأحكام كما تجري في سائر الحقوق للعباد من القصاص وغيره، بخلاف الحدود.

ومنها: أنه يورث كالقصاص وغيره لما قلنا.

ومنها: أنه لا يتداخل لأن حقوق العبد لا تحتمل التداخل بخلاف الحدود ويؤخذ فيه الكفيل، إلا أنه لا يحبس لتعديل الشهود. أما التكفيل فلأن التكفيل للتوثيق. والتعزير حق العبد فكان التوثيق/ ملائماً له بخلاف الحدود على أصل أبي حنيفة رحمه الله.

وأما عدم الحبس فلأن الحبس يصلح تعزيراً في نفسه فلا يكون مشروعاً قبل تعديل الشهود بخلاف الحدود أنه يحبس فيها لتعديل الشهود، لأن الحبس لا يصلح حداً. والله تعالى أعلم.

فصل: وأما بيان ما يظهر به فنقول: إنه يظهر به سائر حقوق العباد من الإقرار والبينة والنكول وعلم القاضي، ويقبل فيه شهادة النساء مع الرجال، والشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي، كما في سائر حقوق العباد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: لا يقبل فيه شهادة النساء، والصحيح هو الأول لأنه حق العبد على الخلوص، فيظهر بما يظهر به حقوق العباد ولا يعمل فيه الرجوع كما لا يعمل في القصاص وغيره بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى، والله تعالى عز شأنه أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

تمّ بحمد الله وحسن توفيقه المجلد الخامس
ويتلوه السادس وآخر دعوانا أن
الحمد لله رب العالمين

= والحاكم في «المستدرك» (١/ ٣٦) وأبو داود في «السنن» كتاب السنة باب في التخيير بين الأنبياء عليهم الصلاة والسلام (٤٦٧٤) بلفظ: «... وما أدري ذا القرنين أنبياً كان أم لا وما أدري الحدود كفارات لأهلها أم لا» وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولا أعلم له علة ولم يخرجاه وأقره الذهبي.

ولكن روى عبادة بن الصامت في حديث بيعة النساء قال فيه رسول الله ﷺ: «**ومن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب في الدنيا فهو كفارة له...**».

وقد أخرجه البخاري في «الصحيح» كتاب الإيمان باب علامة الإيمان حب الأنصار (١٨) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٣٢٨).

محتوى الجزء الخامس من البدائع

الموضوع	الصفحة

طبع على مطابع
دار إحياء التراث العربي

